Die
Kausalität der Unterlassung.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde der
Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg a. d. Lahn

vorgelegt von

Theo Schellmann
Gerichtsreferendar
aus Kassel.

Marburg 1934.

Gedruckt in der Dissertationsdruckerei Robert Kleinert, Quakenbrück.

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 25. 10. 1934.

Berichterstatter: Geh. Justizrat Prof. Dr. Franz Leonhard.

Meinen Eltern!

Uebersicht.

Benutztes Schrifttum.

Alberti, von: Verbotsverletzende Unterlassungen, insbesondere ihre fahrlässige Begehung. 1917.

Allfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 8. Aufl. 1922.

Bar, von: Gesetz und Schuld im Strafrecht. Bd. 2, 1907.

Beling: Der gegenwärtige Stand der strafrechtlichen Verursachungslehre. In: Der Gerichtssaal Bd. 101, 1 ff.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre. Bd. 3, 1905.

Binding: Die Normen und ihre Uebertretung. Bd. 2, 1. Hälfte, 2. Aufl. 1914.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 8. Aufl. 1903.

Engisch: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände. 1931.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes. — Bd. 1, 13. Bearbeitung von Nipperdey, 1931. Bd. 2, 12. Bearbeitung von Lehmann, 1932.

Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. 1, 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 18. Aufl. 1931.

Fromherz: Haftpflichtrecht 1913.

Gentzsch: Die Rechtswidrigkeit der Unterlassung im Strafrecht. Diss. Frankfurt 1928.

Gerland: Deutsches Reichsstrafrecht. 1932.

Haupt: Zur Lehre von den Unterlassungsdelikten. In: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 2, 533 ff.

Hellbach: Begehung einer unerlaubten Handlung durch Unterlassung. Recht 1904, 1002 ff.

Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. II. Schuldrecht 1934.

Hippel, von: Deutsches Strafrecht. Bd. 2. 1930.

Höpfner: Zur Lehre vom Unterlassungsdelikte. In: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss., Bd. 36, 103 ff.

Jung, E.: Bürgerliches Recht.

Jung, W. H.: Die conditio sine qua non und ihr Beweis im Zivil- und Zivilprozeßrecht. Diss. Frankfurt 1927.

Kantorowicz: Unechtes Unterlassungs- und unbewußtes Fahrlässigkeitsdelikt. Strafrechtl. Abhdl. Heft 297. 1931.

Kissin: Die Rechtspflicht zum Handeln bei den Unterlassungsdelikten. Strafrechtl. Abhandl. Heft 317. 1933.

Kitzinger: Ort und Zeit der Handlung im Strafrecht. 1902.

Klee: Die fahrlässige Tötung in der preußischen Praxis 1792 — 1812. In: Arch. f. Strafr. und Strafprozeß Bd. 62, 394 ff.

Kohler: Studien aus dem Strafrecht I, 1890.

Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. 2, 1, 1906.

Köhler: Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil 1917.

Kohlrausch: Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 29. Aufl. 1930.

Kollmann: Der Begriff des kommissiven Unterlassens. In: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 29, 372 ff.

Kraus: Rechtsphilosophie und Jurisprudenz. In: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 23, 763 ff.

Kreß: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. 1929.

Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. 1934.

Landsberg: Die sogenannten Commissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht. 1890.

Leonhard: Allgemeines Schuldrecht des BGB. 1929.

Liszt, von: Die Deliktsobligationen im System des bürgerlichen Gesetzbuches. 1898.

Liszt-Schmidt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 25. Aufl., 1927.

Löffler: In: Zeitschr. f. das Privat- und öffentliche Recht der Gegenwart, hsgg. von Grünhut, Bd. 20, 768 ff.

Manigk: Ueber Rechtswirkungen und juristische Tatsachen. In: Iherings Jahrb. 49, 459 ff.

Mayer: Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. 2. Aufl. 1923.

Mezger: Strafrecht 2. Aufl. 1933.

Oertmann: Kommentar: Recht der Schuldverhältnisse. 5. Aufl. 1928.

Olshausen's Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Bd. 1, 11. Aufl. 1927.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 2, 1, 4. Aufl. 1914. — Bd. 2, 2; 4. Aufl. 1928.

Redslob: Die kriminelle Unterlassung. Strafrechtl. Abh. Heft 70. 1906.

Reichsgerichtsrätekommentar zum BGB § 1—432, 8. Aufl. 1934.

Rohland, von: Die Kausallehre des Strafrechts. 1903.

Rümelin: Die Verwendung der Kausalbegriffe im Straf- und Zivilrecht. In: Arch. f. ziv. Prax. Bd. 90, 171 ff.

Rydzek: Die rechtswidrige Unterlassung im Strafrecht. Diss. Breslau 1929.

Sauer: Grundlagen des Strafrechts. 1921.

Sauer: Kausalität und Rechtswidrigkeit der Unterlassung. In: Festgabe für Frank, 1930, Bd. 1, S. 202 ff.

Siber: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Schuldrecht. 1931.

Soergel: Kommentar. Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 1, 3. Aufl. 1926.

Traeger: Der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht. 1904.

Traeger: Das Problem der Unterlassungsdelikte im Straf- und Zivilrecht. In den Festgaben für Enneccerus 1913.

Traeger: In: Zeitschr. f. d. ges. Strafrechtswiss. Bd. 43, 117 ff.

Traeger: Die strafbare Handlung. In: Gerichtssaal, Bd. 92, 289 ff.

Wachenfeld: Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 1914.

Zitelmann: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches. Allgemeiner Teil, 1900.

§ 1.

Die Rechtsordnung knüpft die verschiedensten Rechtsfolgen an menschliche Verhaltensweisen. Soweit es sich dabei um äußeres (Körper-) Verhalten handelt, kann man zwei Grundformen unterscheiden: Tun und Nichttun. Unter Tun ist dabei ein positives Körperverhalten, eine Körperbewegung zu verstehen. Nichttun ist die Nichtvornahme eines bestimmten Tuns[1]), wohl zu unterscheiden von dem Nichtstun, dem Zustand der Regungslosigkeit.

Nicht jedes Tun ist eine Handlung. Um Handlung zu sein, muß das Tun ein weiteres Merkmal an sich tragen, das Moment der Willkür. Dem Handelnden darf die Möglichkeit, sich anders zu verhalten, nicht gefehlt haben. Keine Handlung, sondern nur ein Tun, liegt also vor bei Reflexbewegungen und bei Körperbewegungen, die durch vis absoluta erzwungen sind[2]).

Entsprechendes gilt für die Unterlassung, die sich als Unterbegriff des Nichttuns und als Parallelbegriff zur Handlung darstellt. Auch hier muß das Verhalten willkürlich sein, d. h. unterlassen kann nur, wem entsprechendes positives Verhalten möglich ist[3]). Von dem des Schwimmens Unkundigen wird niemand sagen, er habe es unterlassen, dem Ertrinkenden zu Hilfe zu kommen. Der gefesselte Bahnwärter unterläßt nicht die Schranke niederzulassen. In beiden Fällen liegt nur ein Nichttun, keine Unterlassung vor, weil die Betreffenden garnicht handeln konnten. Das Wesen der Unterlassung liegt also in der willkürlichen Nichtvornahme einer bestimmten Handlung[4]).

---

1) Sauer, Grundl. 450; Kissin 2.

2) Sauer, Grundl. 425; Kissin 2.

3) Leonhard 173; Traeger, Probl. 8/9; v. Hippel 153; Sauer, Kausalität 213/14.

4) Redslob 18; Kissin 3.

Auf die zahlreichen anderslautenden Begriffsbestimmungen im Schrifttum[5]) soll hier nicht eingegangen werden, da es sich dabei um rein terminologische Abweichungen handelt[6]). Von einer gewissen Bedeutung für die vorliegende Arbeit ist nur die Ansicht derer, die von einer Unterlassung nur da sprechen wollen, wo eine Rechtspflicht zum Handeln verletzt wurde[7]). Diese enge Begriffsbestimmung steht aber im Gegensatz zu dem gemeinen Sprachgebrauch. Man wird zwar im praktischen Leben ein Nichttun nur dann für erwähnenswert halten und hervorheben, daß etwas unterlassen sei, wenn mit einem entsprechenden Handeln zu rechnen war. Aber aus welchem Grunde mit dem Handeln gerechnet wurde, sagt das Wort Unterlassung nicht. Zweifellos ist es z. B. richtig, von einer Unterlassung auch da zu reden, wo das Nichthandeln recht töricht war, wo der Nichthandelnde nur gegen seine eigenen Interessen, aber nicht gegen ein Rechtsgebot verstieß[8]). Die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit in die Definition der Unterlassung würde also eine ganz ungerechtfertigte Einengung des Begriffes bedeuten.

Der Gesetzgeber hat nun die rechtserheblichen Verhaltensweisen in verschiedener Weise gekennzeichnet[9]). Einmal war es möglich, das Verhalten als solches zu beschreiben ohne Rücksicht auf einen über die Tätigkeit oder Untätigkeit hinausgehenden Erfolg. Dies Verfahren hat der Gesetzgeber angewendet, wenn er die Rechtsfolge z. B. an unbefugtes Gehen über Gärten StGB. § 368⁹ oder an die Nichtanzeige eines Verbrechens StGB. § 139 knüpft. Oft ist aber auch das rechtserhebliche Verhalten in der Weise charakterisiert, daß das Gesetz auf den Erfolg des Verhaltens abstellt, so, wenn im Tatbestande das Töten (BGB. § 844, StGB. § 211) oder die Einwirkung auf fremde Sachen (BGB. § 904) erscheint.

Bei dieser letzteren Gruppe von Tatbeständen ergibt sich eine Schwierigkeit. Während bei der ersteren die Beschreibung des Verhaltens im Gesetz klar ergibt, ob der Tatbestand durch Handeln oder durch Unterlassen oder durch beide Verhaltensformen erfüllt werden kann, bleibt hier die Frage offen. Nur

---

[5]) Ganz anders z. B. Enneccerus I, 411.
[6]) Vgl. Kissin 2, Anm. 7.
[7]) Endemann I, 748; Wachenfeld 94; ähnlich Rydzek 11: Unterlassung = (nicht notwendig rechtlich) verbotenes Nichttun.
[8]) Traeger, Probl. 7/8; im Ergebnis ebenso Kissin 4 5.
[9]) Vgl. zum Folgenden etwa von Hippel 153 54; Kissin 1/2.

verhältnismäßig selten läßt der Wortlaut des Gesetzes erkennen, daß auch ein negatives Verhalten tatbestandsmäßig sein kann. Das Gesetz fordert im allgemeinen einfach das Töten, die Körperverletzung usw. Hier taucht die Frage auf: Kann das Töten, Einwirken usw. auch durch Unterlassung vollzogen werden? Und wenn das zu bejahen ist: Wann liegt eine Erfolgsherbeiführung durch Unterlassung vor?

Die erste Frage ist zweifellos zu bejahen[10]). In zahlreichen Einzelfällen zeigt der Gesetzeswortlaut, daß nach Auffassung des Gesetzes auch ein Unterlassen geeignet ist, einen Erfolg herbeizuführen. So wird es vom Gesetz als mögliche Ursache für die Entstehung von Kosten anerkannt, wenn sich ein Mitglied eines Familienrates der Teilnahme an der Beschlußfassung enthält (BGB. § 1875). Nach BGB. § 254 kann der Beschädigte einen Schaden dadurch mitverursachen, daß er es unterläßt, den Schaden abzuwenden oder zu mindern. Durch Leistungsverzug, d. h. durch Unterlassung rechtzeitiger Leistung kann nach BGB. § 286 ein Schaden entstehen[11]). Aus diesen und vielen anderen Bestimmungen ergibt sich, daß der Gesetzgeber die Möglichkeit der Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung grundsätzlich anerkennt.

Zweifel könnten freilich bestehen, ob das auch für die Delikte des bürgerlichen und des Strafrechtes zutrifft. Denn die §§ 823 ff. BGB. tragen die Ueberschrift: Unerlaubte „Handlungen", und ebenso wird in den §§ 1, 2, 3 StGB. von dem strafbaren Verhalten als von einer „Handlung" gesprochen. Das könnte zu der Auffassung verleiten, daß die genannten Gruppen von Tatbeständen nur auf positives Verhalten, nicht auch auf Unterlassungen zu beziehen wären[12]). Eine solche Auslegung würde aber fehlgehen. In Wahrheit handelt es sich hier nur um eine terminologische Abweichung, die auch im Schrifttum zuweilen anzutreffen ist. Das Wort „Handlung" ist hier in einer weiteren Bedeutung gebraucht, in der es neben dem positiven Tun auch die Unterlassung mitumfaßt[13]). Das wird vor allem dadurch bewiesen, daß das Gesetz unter den fraglichen „Handlungen" selbst Unterlassungen aufführt. So erscheinen im BGB. unter den unerlaubten Handlungen z. B.

---

[10]) Dies ist allgemein anerkannt. Anders nur Kraus 790 ff., gegen ihn Binding 517 Anm. 2.
[11]) Weitere Beispiele vgl. Koehler 208.
[12]) Vgl. darüber Traeger, Probl. 109 ff.
[13]) Dieser Sprachgebrauch z. B. bei Enneccerus I, 411; Liszt Schmidt 144.

das Unterlassen sorgfältiger Unterhaltung von Gebäuden (§ 836) und die Nichtbeachtung der erforderlichen Sorgfalt bei der Leitung von Verrichtungen (§ 831). Dasselbe findet sich im StGB., wo häufig Unterlassungen mit Strafe bedroht sind. So z. B. die Nichtanzeige von Verbrechen (§ 139). Das Gesetz bezeichnet diese Verfehlung selbst ausdrücklich als Unterlassung. Gleichwohl kann kein Zweifel bestehen, daß es sich um eine Handlung im Sinne der §§ 1, 2, 3 StGB. handelt[14]). Dies Ergebnis entspricht auch allein dem Rechtsgefühl. Zweifellos muß die Mutter, die ihr Kind verhungern läßt, wegen Tötung bestraft werden. Ebenso sicher ist der Kutscher, der es schuldhaft unterläßt, einem Passanten auszuweichen, zum Ersatz des entstehenden Schadens verpflichtet.

Daß grundsätzlich jeder[15]) auf Erfolgsverwirklichung abstellende Tatbestand durch Unterlassung erfüllt werden kann, ist darum allgemein anerkannt. Streitig ist nur, w a n n eine Unterlassung diesem Erfordernis genügt, d. h. wann sie für einen Erfolg kausal (bzw. der Verursachung gleichwertig) ist. Dies zu untersuchen soll die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein.

Eine befriedigende Lösung dieser Frage setzt allerdings voraus, daß die Frage überhaupt so allgemein g e st e l l t werden kann. Das ist von Beling bestritten worden. Beling gibt zwar zu, daß auch eine Unterlassung einen Erfolg herbeiführen könne[16]). Er wendet sich aber gegen eine a l l g e m e i n e Beantwortung der Frage, wann dies der Fall sei, weil er ein allgemeines Kausalproblem für das Recht überhaupt nicht anerkennt. Beling macht geltend, daß das Recht nicht „Verursachung des Todes" usw. verlange, daß im Gesetz vielmehr einfach „Töten" gesagt sei. Es sei verfehlt, lebensnahe Zeitworte wie „Töten" in „den Tod verursachen" umzudeuten und dann auf Grund eines vorjuristisch-aprioristischen Ursachenbegriffes den als Töter anzusehen, der eine Bedingung zum Tode gesetzt hat. Den Messerschmied, der die Mordwaffe hergestellt habe, als Töter zu bezeichnen, sei ein lebensfremder Sprachgebrauch, der dem Gesetze völlig fernliege. Man müsse von der Auslegung der im Tatbestande verwendeten Z e i t - w o r t e[17]) ausgehen. Wenn das Gesetz „Töten" sage, so sei

[14]) Von Hippel 156; Kissin 15.
[15]) Vgl. etwa von Hippel 154.
[16]) Beling 9.
[17]) Beling 5.

damit auf den Sprachgebrauch des Lebens abgestellt. Der Tatbestand sei erfüllt, wenn eine charakteristische Tötungshandlung[18]) (oder Unterlassung) vorliege. Nur die Auslegung jeder Einzelvorschrift könne ergeben, welche Beziehung zwischen Verhalten und Erfolg vom Gesetz gemeint sei. Einen allgemeinen Verursachungsbegriff gebe es gar nicht im Recht. Wenn überhaupt, so könne man also nur von einer „tatbestandlichen Kausalität"[19]) reden. — Diese Ausführungen Belings können nur insoweit überzeugen, als sie sich gegen die Bedingungstheorie wenden, deren Ergebnisse in der Tat mit jedem vernünftigen Sprachgebrauch unvereinbar sind[20]). Es wird darauf später zurückzukommen sein. Dagegen sind Belings Argumente nicht geeignet, die Entbehrlichkeit oder gar Fehlerhaftigkeit jedes allgemeinen Ursachenbegriffes überhaupt darzutun. Bei Zurückgehen auf die Bedeutung der Zeitworte im Volkssprachgebrauch vermeidet man zwar den Fehler, jede Bedingungssetzung für Verursachung anzusehen. Dies Ergebnis läßt sich aber ebensogut erreichen, wenn man sich zu einer allgemeinen Kausalitätstheorie bekennt, die im engsten Anschluß an die gemeine Auffassung des Wortes „Verursachen" gebildet ist. Belings berechtigter Hinweis auf den gemeinen Sprachgebrauch spricht also nicht gegen die grundsätzliche Erörterung des Kausalproblems, sondern nur gegen die Lösung, die die Bedingungstheorie gibt. Eine grundsätzliche Stellungnahme zum Kausalproblem ist schon darum nicht zu umgehen, weil der Sinngehalt der Zeitworte im Sprachgebrauch des täglichen Lebens nicht eindeutig genug ist, um im Einzelfall mit genügender Sicherheit zu sagen, ob das betreffende Verhalten noch von dem im Gesetz gebrauchten Zeitwort erfaßt wird oder nicht. Hat A. den B. getötet, wenn er ihm eine leichte Verletzung beigebracht hat, an der B. starb, weil er, wie sich erst nachträglich herausstellte, Bluter war? Liegt Tötung vor, wenn A. dem B. eine an sich nicht lebensgefährliche Schußwunde zufügt, B. aber an der bei der Beseitigung des Geschosses angewandten Narkose stirbt, weil er einer der ganz wenigen Menschen ist, die eine Narkose nicht vertragen können?[21]). Werden diese Fälle von dem Zeitwort „Töten" nicht erfaßt oder fehlt es an anderen Haftungsvoraussetzungen? Der Sprachgebrauch gibt hier keine ein

---

[18]) Beling 7.
[19]) Beling 9/10.
[20]) Vgl. etwa weiter die Beispiele bei Leonhard 147; Henle 214
[21]) Beispiele von Engisch 40.

deutige Antwort. Völlig versagen muß schließlich die Auslegung der Zeitworte, wo das Gesetz selbst Wendungen gebraucht wie „Verursachen", „daraus entstehen", „zur Folge haben", „Herbeiführen"[22]). Um eine grundsätzliche Erörterung des Kausalproblems und damit auch der Frage, wann eine Unterlassung kausal ist, ist also nicht herumzukommen.

Die Anwendung der beiden in Schrifttum und Rechtsprechung verbreiteten Kausalitätstheorien, der Bedingungs- und der Adaequanztheorie, auf Unterlassungen stößt nun auf die größten Schwierigkeiten. Insbesondere im Gebiet der unerlaubten Handlungen des bürgerlichen Rechtes und der strafbaren Handlungen müssen diese Theorien, will man Strafbarkeit und Ersatzpflicht unter genau denselben Voraussetzungen eintreten lassen, wie bei positiven Handlungen, zu unerträglichen Ergebnissen führen. Hat eine H a n d l u n g den Tod eines Menschen, die Beschädigung einer fremden Sache usw. herbeigeführt, so folgt daraus, wenn nicht besondere Rechtfertigungsgründe vorliegen, zugleich die Rechtswidrigkeit des betreffenden Verhaltens. Die Tatbestandsmäßigkeit „indiziert" die Rechtswidrigkeit[23]). Es ist darum nicht mehr nötig, daß die Rechtswidrigkeit noch besonders nachgewiesen wird durch Aufzeigung einer besonderen Rechtspflicht zur Unterlassung des tatbestandsmäßigen Eingriffes[24]). Tritt das Erfordernis der Schuld hinzu, so sind alle Voraussetzungen für zivilrechtliche und strafrechtliche Haftung gegeben. — Bei Anwendung der Bedingungs- und der Adäquanztheorie auf U n t e r l a s s u n g e n ergeben sich, wenn man genau wie bei den positiven Handlungen vorgeht, unhaltbare Ergebnisse[25]). Z. B.: A. kommt zufällig über eine Brücke. Er sieht den ins Wasser gefallenen Nichtschwimmer B. mit den Wellen ringen. Obwohl er voraussieht, daß B. ohne seine Hilfe ertrinken wird, und obwohl er Hilfe bringen könnte, rettet A. den B. nicht. B. ertrinkt. Soll hier A. wegen Tötung bestraft werden? Soll er den dem A. gegenüber unterhaltsberechtigten Personen zum Schadensersatz verpflichtet sein? Das ist sicherlich abzulehnen und wird auch von niemand behauptet. Aber wie kann man dem unerwünschten Ergebnis entgehen? Das Nichteingreifen des A. ist zweifellos conditio sine qua non für

---

[22]) Engisch 40.

[23]) So Mayer 52; Liszt-Schmidt 176.

[24]) Enneccerus Bd. II, 727.

[25]) Vgl. zum Folgenden Kissin 92 ff.; Leonhard 176.

den Tod des B. Hätte A. eingegriffen, so wäre B. gerettet worden. Die Unterlassung des A. kann nicht hinweggedacht, bzw. das unterlassene Eingreifen kann nicht hinzugedacht werden, ohne daß der Erfolg, der Tod des B., entfiele[26]). Wollte man also die Bedingungstheorie in der Weise anwenden, wie sie bei positiven Handlungen zur Anwendung gelangt, so würde sich ergeben, daß A. den B. getötet hat. Zu demselben Ergebnis muß die Adäquanztheorie führen. Es ist dabei ganz gleichgültig, ob man fordert, daß die Unterlassung adäquat für den Tod[27]) oder daß das helfende Zuspringen adäquat für die Rettung[28]) sein müsse. Beides trifft zu. Wenn der einzige anwesende Schwimmer nicht eingreift, so ist der Tod des B., wenn A. zu Hilfe kommt, die Rettung des B. vorauszusehen. Auch vom Standpunkte der Adäquanztheorie aus müßte man also zu dem Ergebnis kommen, daß A. den Tod des B. verursacht hat[29]). Wollte man weiter, wie bei der positiven Handlung, auch hier die Rechtswidrigkeit aus der Tatbestandsmäßigkeit schließen, so müßte man den A., da er den Tod des B. voraussah, zivilrechtlich und strafrechtlich für den Erfolg haften lassen.

Um die Bedingungs- und die Adäquanztheorie zu retten, hat man die verschiedensten Wege zur Beseitigung des untragbaren Ergebnisses eingeschlagen. Alle diese Versuche lassen sich auf drei Grundgedanken zurückführen. Die Vertreter der ersten Auffassung erklären: Die Herbeiführung eines Erfolges durch menschliches Verhalten setze zwar stets voraus, daß das Verhalten conditio sine qua non (oder adäquate Bedingung) für den Eintritt des Erfolges sei. Für den Fall der Unterlassung müßten aber noch weitere Erfordernisse hinzukommen, damit der T a t b e st a n d der Tötung, der Einwirkung auf eine Sache usw. erfüllt sei. Als solches weiteres Erfordernis spielt bei vielen die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln[30]) eine Rolle. Während also bei der positiven Handlung die Rechtswidrigkeit aus der Herbeiführung des Erfolges geschlossen wird, soll bei der Unterlassung umgekehrt die Rechtswidrigkeit Voraussetzung für die Herbeiführung des Erfolges

---

26) So z. B. RGSt. 63, 393.

27) So etwa Sauer, Kaus. 210.

28) So etwa Traeger, Problem 24/25.

29) So tatsächlich Kissin 92.

30) Henle fordert Verletzung einer rechtlichen oder sittlichen Pflicht, die der Unterlassende selbst auf sich genommen hatte; vgl. unten § 7 Anm. 34.

sein[31]). — — Auf einem anderen Wege suchen diejenigen zu helfen, die zwar die Kausalität der Unterlassung genau wie die der Handlung bestimmen, jedoch die die Rechtswidrigkeit indizierende Funktion der Tatbestandsmäßigkeit für den Fall der Unterlassung leugnen. Wo unsere Gesetze rechtswidriges Verhalten voraussetzen, verlangt diese Ansicht darum neben dem Nachweis der Kausalität (oder Quasikausalität) noch die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln[32]). — — Kissin endlich will die deliktischen Tatbestände in der Weise einschränkend interpretieren, daß sich ein Gebot zum Handeln nur in den Fällen ergibt, in denen dieses Gebot mit der Rechtsidee vereinbar ist und glaubt auf diese Weise zu einer Zurückführung der Verantwortlichkeit auf ein vernünftiges Maß zu gelangen[33]).

Die folgenden Ausführungen werden ergeben, daß alle diese Versuche, mit der Bedingungs- und der Adäquanztheorie auch auf dem Gebiet der Unterlassungen zu tragbaren Ergebnissen zu gelangen, gescheitert sind. Es wird sich zeigen, daß der Grund für all die vermeintlichen Schwierigkeiten nicht im Wesen der Unterlassung liegt, sondern darin, daß die Bedingungs- und die Adäquanztheorie von unzutreffenden Vorstellungen über das Wesen der Kausalität ausgehen. Verfasser wird zu dem Ergebnis kommen, daß die Behandlung der Unterlassung keine Besonderheiten gegenüber der der positiven Handlung erfordert, wenn man erkennt, daß Kausalzusammenhang zwischen einem Verhalten (Handlung oder Unterlassung) und einem Erfolg dann und nur dann gegeben ist, wenn das Verhalten den Erfolg erklärt[34]).

§ 2.

Von den Versuchen, die herrschenden Kausalitätstheorien auch auf Unterlassungen anzuwenden, sollen in den folgenden Paragraphen 2–7 zunächst diejenigen einer kritischen Betrachtung unterzogen werden, nach denen die Herbeiführung des Erfolges durch Unterlassung mehr fordert als ein Verhalten, das conditio sine qua non oder adäquate Bedingung des Erfolges ist. Es wurde bereits erwähnt, daß meist als

[31]) Siehe darüber die §§ 2—7.

[32]) Siehe darüber § 8.

[33]) Siehe darüber § 9.

[34]) Siehe darüber § 10.

besonderes Erfordernis für die Tatbestandsverwirklichung durch Unterlassung die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln aufgestellt wird[1]). Besteht insoweit weitgehende Uebereinstimmung, so gehen die Ansichten auseinander in der Frage, welche genauere systematische Stellung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens innerhalb des Tatbestandes einer Erfolgsverwirklichung zukommt. Man kann hier wieder drei Gruppen von Ansichten unterscheiden[2]).

1. Nach einer Ansicht soll das Erfordernis der Rechtspflichtwidrigkeit bereits dem Begriffe der Unterlassung eigentümlich sein.
2. Nach anderen ist eine Unterlassung nie kausal, doch, wenn positives Handeln rechtlich geboten war und den Erfolg verhindert hätte, der Verursachung durch positive Handlung rechtlich gleich zu achten[3]).
3. Die Vertreter einer dritten Ansicht geben zu, daß eine Unterlassung Ursache eines Erfolges sein könne, machen aber die Kausalität von der Rechtswidrigkeit abhängig[4]).

Einer eingehenderen Stellungnahme bedürfen nur die unter 2. und 3. genannten Ansichten. Die Auffassung, daß die Rechtswidrigkeit zum Begriffe der Unterlassung gehöre, wurde bereits oben abgelehnt. Es braucht hier nur noch hinzugefügt zu werden, daß diese Ansicht, selbst wenn sie richtig wäre, das Problem gar nicht fördern würde. Eine sachliche Bedeutung würde ihr nur zukommen, wenn der Gesetzgeber der Tatbestandsverwirklichung durch Handlung ausdrücklich die durch „Unterlassung“ gleichgestellt hätte. Dann würde, die Richtigkeit der Ansicht vorausgesetzt, die Auslegung der betreffenden Gesetzesstelle ergeben, daß Nichthinderung eines Erfolges der Verursachung nur dann gleichsteht, wenn das Nichttun rechtswidrig ist. Eine derartige Bestimmung fehlt aber. Nur verhältnismäßig selten spricht der Gesetzgeber von Tatbestandsverwirklichung durch „Unterlassung“[5]). In der großen Mehrzahl aller Fälle würde also, wenn die Rechtswidrigkeit wirklich zum Begriff der Unterlassung gehörte, die Frage bestehen bleiben, ob und wann das, was Verfasser Unterlassung nennt, nämlich die

---

[1]) Anders nur Henle; s. darüber unten § 7 Anm. 34.
[2]) Vgl. Kissin 8.
[3]) Siehe darüber insbes. § 3.
[4]) Siehe darüber insbes. § 4.
[5]) Und gerade in einem dieser Fälle, § 251 BGB., ist keine Rechtswidrigkeit erforderlich. Vgl. darüber § 5.

willkürliche Nichtvornahme einer Handlung, geeignet ist, einen Erfolg herbeizuführen[6]). Wenn die Rechtswidrigkeit überhaupt eine Voraussetzung für die Tatbestandsmäßigkeit eines willkürlichen Nichttuns ist, so muß ihre systematische Einordnung also in anderer Weise erfolgen.

§ 3.

Weite Verbreitung hat im Schrifttum die Ansicht gefunden, nach der die Unterlassung zwar nie kausal, doch bei Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln unter Umständen einem kausalen Verhalten gleichwertig ist. Traeger[1]), der diese Auffassung eingehend begründet hat, geht davon aus, daß eine Unterlassung als natürliches Nichts nicht in der Lage sei, etwas zu verursachen. Von nichts komme nichts. Von Kausalzusammenhang zwischen einer Unterlassung und einem Erfolg könne darum nie die Rede sein[2]). Wenn der Sprachgebrauch des täglichen Lebens und des Gesetzes Wendungen gebrauche, aus denen die entgegengesetzte Auffassung hervorgeht, so sei dies ungenau. Es sei dann in Wahrheit an eine andere Kausalbeziehung gedacht, daß nämlich entsprechendes Handeln für die Abwendung des Erfolges kausal geworden wäre[3]). Wenn diese Beziehung vorliegt, d. h. wenn die unterlassene Handlung den Erfolg verhindert hätte, nennt Traeger die Unterlassung relevant. Traeger kommt schließlich zu dem Ergebnis, daß der Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges die Nichthinderung desselben gleichsteht, wenn eine spezielle Rechtspflicht zur Verhinderung besteht[4]). Die Frage, ob positives Handeln den Erfolg abgewendet hätte, will Traeger nach der Adäquanztheorie beantworten[5]).

Die Tatsache, daß Traeger bei der Unterlassung nicht von Kausalität, sondern nur von Relevanz sprechen will, würde, für sich betrachtet, noch nicht zu einer kritischen Stellungnahme zwingen. Denn würde Traeger positive Handlung und Unterlassung gleich b e h a n d e l n , so würde die Frage, ob die Unterlassung kausal oder nur pseudokausal[6]) ist, ohne sachliche

---

[6]) Vgl. Kissin 45/46.

[1]) Traeger, Probl.; vgl. weiter insbes. von Alberti 4/5.

[2]) Traeger, Probl. 28, 20.

[3]) Traeger, Probl. 21.

[4]) Traeger, Probl. 77.

[5]) Traeger, Probl. 23 ff.

[6]) Traeger, Probl. 13.

Bedeutung sein. Aus diesem Grunde wird auch vielfach die Erörterung der Frage als überflüssig hingestellt[7]). Nun zeigt aber die Behandlung von Handlung und Unterlassung bei Traeger durchgreifende Unterschiede. Was für uns hier besonders wichtig ist, ist die Tatsache, daß Traeger der Rechtswidrigkeit eine entscheidende Bedeutung einräumt für die Beantwortung der Frage, ob die von einem gesetzlichen Tatbestand geforderte Beziehung zwischen Unterlassung und Erfolg besteht. Das steht in merkwürdigem Gegensatz zu der Behandlung der positiven Handlung, bei der doch gerade umgekehrt die Rechtswidrigkeit des Verhaltens erst aus der Tatbestandsmäßigkeit geschlossen wird. Es muß die Frage auftauchen, ob diese ganz verschiedene Behandlung der beiden Verhaltensarten irgendwie theoretisch zu rechtfertigen ist. Man könnte nun geneigt sein zu glauben, daß die unterschiedliche Behandlung ihre Rechtfertigung eben darin finde, daß bei positiver Handlung ein kausales Verhalten, bei der Unterlassung etwas davon grundsätzlich Verschiedenes, ein bloß relevantes Verhalten, vorliege; daß mit anderen Worten die Unfähigkeit der Unterlassung, Ursache eines Erfolges zu sein, die abweichende Konstruktion rechtfertige.

Diese mögliche Auffassung wird aber widerlegt durch den Nachweis, daß ihr Ausgangspunkt falsch ist, daß eine Unterlassung sehr wohl einen Erfolg verursachen kann. Traeger geht mit der herrschenden Lehre von der metaphysischen Vorstellung von der Kausalität als einer wirkenden Kraft aus und erklärt dann, als natürliches nullum könne die Unterlassung nicht wirken, mithin nicht Ursache sein. Diese Beweisführung ist aber mit Recht vielfach angegriffen worden. Allerdings meist mit unzureichenden Argumenten. Man blieb nämlich bei der Vorstellung stehen, daß Verursachen bewirken heiße und versuchte nun nachzuweisen, daß auch der *Unterlasser bewirke*.

So stellten manche[8]) als *wirkend* die Tätigkeit hin, die während der Unterlassung von dem Unterlassenden ausgeführt wird. Aber das war offensichtlich verfehlt. Mit Recht hat man eingewandt, daß die Tätigkeit, die während der Unterlassung vorgenommen wird, für den Erfolg ganz unerheblich ist, ihn nicht bewirkt. Wenn eine Mutter Strümpfe strickt, während

[7]) Planck, § 249, 4 d; Oertmann vor § 249, 4 d 3. Abs.
[8]) Z. B. Luden.

sie ihr Kind verhungern läßt, so hat sie doch nicht durch das Stricken getötet[9]).

Andere[10]) suchten das wirkende Moment der Kausalität in einer vorausgegangenen Handlung des Unterlassenden. Ein Bahnwärter, der die Weiche nicht stellt, habe das Entgleisen des Zuges zwar nicht durch das Unterlassen des Stellens, wohl aber dadurch bewirkt, daß er durch Uebernahme des Amtes andere davon abgehalten habe, seinen Posten einzunehmen und den Dienst gewissenhaft zu versehen. Aber auch die Unzulänglichkeit dieser Theorie ist längst nachgewiesen worden. Einmal fehlt es zuweilen in Fällen, in denen eine Haftung unbedingt eintreten muß, an einer vorausgegangenen Handlung. So wenn eine im bewußtlosen Zustand geschwängerte Mutter ihr Kind verhungern läßt[11]). Weiter aber verstößt diese Ansicht gegen den elementaren, in allen Fällen der Verschuldenshaftung geltenden Satz, daß die Schuld stets im Augenblicke des verursachenden Verhaltens vorliegen muß[12]). Liegt doch die Anstellung des Bahnwärters, die die Entgleisung verursacht haben soll, vielleicht Jahre vor dem schuldhaften Unterlassen.

Die sogenannten Interferenztheorien[13]) endlich versuchen nachzuweisen, daß der Unterlasser die Unterlassung bewirkt habe, er habe nämlich die in ihm zur Tätigkeit drängenden Impulse niedergekämpft. Diese Theorien müssen aber schon daran scheitern, daß es ganz unbeweisbar ist, daß in jedem Menschen der Trieb auftaucht, das Richtige zu tun. Zweifellos fehlt doch dieser Trieb bei unbewußt-fahrlässigen Unterlassungen[14]); und soll etwa der hartgesottene Sünder für seine Unterlassungen nicht haften, weil er gar keine gute Regung verspürte, mithin auch nichts niederzukämpfen hatte?[15]).

Es ist in der Tat aussichtslos, nachweisen zu wollen, daß das rechtserhebliche Verhalten des Unterlassers den Erfolg bewirkt habe. Damit ist das Problem aber noch nicht in dem Sinne entschieden, daß eine Unterlassung nie Ursache eines Erfolges sein könne. Zu prüfen bleibt, ob es überhaupt gerechtfertigt ist, verursachen und bewirken gleichzusetzen, ob nicht Kausalität auch da vorliegen kann, wo es an einer wirkenden Kraft fehlt.

---

[9]) Mezger 134; von Hippel 158 Anm. 4.
[10]) Krug, Glaser, Merkel.
[11]) Mezger 134; Koehler 210; Landsberg 9; Traeger, Probl. 32.
[12]) Mezger 134; Liszt Schmidt 164; Traeger, Probl. 32.
[13]) Vertreter insbes. Binding, Ortmann, Hälschner.
[14]) Von Hippel 158 Anm. 8; Liszt Schmidt 164.
[15]) Leonhard 175; Landsberg 72; Kollmann 381 82; Kissin 20 Anm. 35.

Es läßt sich zunächst einwenden, daß das Erfordernis des Wirkens sich weder aus der Bedingungs- noch aus der Adäquanztheorie ergibt. Wenn die Bedingungstheorie jeden Umstand als Ursache anerkennt, der nicht hinweggedacht werden kann, ohne daß damit der Erfolg entfiele, so ist es unerfindlich, warum viele ihrer Anhänger bei der Erörterung der Kausalität der Unterlassung auf einmal ein Wirken fordern. Die Formel conditio sine qua non paßt auf Unterlassungen ebensogut wie auf positive Handlungen[16]). Ihre konsequente Anwendung würde ergeben, daß eine Unterlassung Ursache eines Erfolges ist, wenn sie nicht hinweggedacht, oder wenn das unterlassene Handeln nicht hinzugedacht werden kann, ohne daß damit der Erfolg entfiele[17]). Dasselbe gilt von der Adäquanztheorie. Auch aus deren verschiedenen Formulierungen geht nicht hervor, daß ein Wirken erforderlich ist[18]). Zweifellos kann man von vielen Unterlassungen sagen, daß sie den Eintritt eines Erfolges generell begünstigen usw. Mit dieser Feststellung ist freilich nur eine Inkonsequenz derer aufgezeigt, die die Ursache als conditio sine qua non oder als adäquate Bedingung definieren und trotzdem die Kausalität der Unterlassung leugnen. Daß eine Unterlassung kausal sein kann, würde daraus nur zu folgern sein, wenn man sich einer dieser Theorien anschließen könnte. Es wird aber später zu zeigen sein, daß beide Theorien unhaltbar sind.

Daß die Vorstellung von der Kausalität als einer wirkenden Kraft aber verfehlt ist, ergibt die folgende Ueberlegung. Die Vertreter der Kraftvorstellung vermeinen zu Unrecht bei der Beobachtung von Kausalabläufen ein Wirken wahrzunehmen[19]). In Wahrheit ist es uns gänzlich versagt, kraft unserer Sinne etwas von der Existenz einer Kraft zu erfahren. Was wir beobachten können, ist stets nur eine Bewegung oder sonstige Veränderung der Dinge. Warum diese Veränderung eintritt, wissen wir nicht[20]), wir können von allen Dingen nicht behaupten, daß eine treibende Kraft dahintersteht. Die Kraftvorstellung deuten wir erst in den Vorgang hinein. Beobachten wir, daß ein Ereignis B regelmäßig auf ein Ereignis A folgt, so bedienen wir uns der Kraftvorstellung als Hilfsmittel zur

16) Engisch 29 30.

17) In dieser Weise geht vielfach das RG. vor, vgl. [illegible] 393.

18) Fromherz 17; Sauer Grundl. 454; Kissin 35 ff.

19) W. H. Jung 5 6; Engisch 20.

20) Leonhard 150; E. Jung 735; W. H. Jung 6.

Veranschaulichung des Vorganges[21]). Ein Schluß auf die reale Existenz der treibenden Kraft ist uns aber nicht möglich. In der Philosophie besteht denn auch seit langem kein Streit mehr über diese Frage. Man hat die Vorstellung des frühen Rationalismus von der Kausalität als einer realen Kraft seit Hume und Kant allgemein aufgegeben. Neuerdings dringt auch in der Rechtswissenschaft mehr und mehr die Erkenntnis durch, daß es sich bei der Kausalität nicht um eine Kraftentfaltung, sondern nur um eine logisch-erkenntnistheoretische Verbindung zweier Gegebenheiten, um eine Form unseres Denkens und Erkennens handelt[22]).

Die Gleichstellung verursachen = bewirken ist also nicht zu halten. Wenn daraus aber vielfach sogleich geschlossen wird, eine Unterlassung könne kausal sein, so bleibt dagegen noch ein gewichtiger Einwand möglich. Wenn auch erst der die Erscheinungen ordnende Verstand die Kausalverknüpfung zwischen zwei Gegebenheiten herstellt, so tut er das doch jedenfalls nicht nach Willkür. Es muß weiter gefragt werden, wann die Denkform der Kausalität angewendet wird[23]). Zweifellos ist ein Anwendungsfall nicht schon überall gegeben, wo wir beobachten, daß B regelmäßig auf A folgt. So betrachten wir nicht den Tag als Ursache der Nacht, obwohl sie ihm doch regelmäßig folgt[24]). Noch deutlicher: Im Kriege konnte man beobachten, daß stets kurz vor dem Einschlagen einer Granate die in der Nähe befindlichen Soldaten sich hinwarfen, und doch wird schwerlich jemand behaupten, das Hinwerfen der Soldaten sei die Ursache für den Einschlag des Geschosses gewesen[25]). Wir wenden die Denkform der Kausalität also offenbar nicht auf jede Folgeregel an[26]). Man könnte behaupten, daß die Denkform nur da zur Anwendung gelangt, wo wir uns die Aufeinanderfolge durch die Annahme eines Wirkens von Kräften veranschaulichen, d. h. da, wo wir das Wirken realer Kräfte zu beobachten glauben[27]). Das würde auf die Unterlassung nicht zutreffen, sie könnte also danach nicht Ursache eines Erfolges sein. Aber auch diese Auffassung läßt sich nicht halten. Es läßt sich zeigen, daß wir die Denkform der Kausalität an-

---

[21]) Engisch 20; E. Jung 735; W. H. Jung 6.
[22]) Mayer 140, 149; Liszt-Schmidt 165/166; Kissin 28/29.
[23]) Von Hippel 137, 158 Anm. 2.
[24]) Beispiel von Leonhard 157.
[25]) Beispiel von Engisch 23/24.
[26]) Leonhard 164; Engisch 23.
[27]) So von Hippel 137 wenigstens für die kausale Handlung, vgl. darüber unten § 4.

wenden, ganz unabhängig davon, ob wir die Kraftvorstellung in die Aufeinanderfolge der Ereignisse hineindeuten können oder nicht.

Denkbar wäre ein naturalistischer Verursachungsbegriff, nach dem bei einer Kausalkette a (Ursache) — b — c — d (Erfolg) jedes Glied auf das nächste, also a auf b, b auf c, und c auf d gewirkt haben müßte[28]). Es würde danach z. B. das Anziehen einer Lokomotive Ursache für die Bewegung auch des letzten angehängten Wagens sein, weil die Kraftquelle, die Lokomotive, auf den ersten Wagen wirkte, dieser auf den zweiten und so fort bis auf den letzten Wagen. Ein solcher Ursachenbegriff würde erfordern, daß die von der Ursache ausgehende Kraft direkt oder mittelbar *bis zum Erfolg gewirkt* habe.

Dieser Verursachungsbegriff, der den meisten Leugnern der Kausalität der Unterlassung vorschweben dürfte, ist aber keinesfalls maßgebend. Denn wollte man diese strengen Erfordernisse aufstellen, so müßte man auch die Kausalität von *Handlungen* in vielen Fällen verneinen, wo sie sicher gegeben ist.

Man denke etwa an den Fall, daß jemand einen anderen daran hindert, einen Erfolg abzuwenden[29]). Ein Schwimmlehrer will den versinkenden Schüler retten. Ein Dritter hindert ihn daran. Wenn der Schüler jetzt ertrinkt, so ist sein Tod durch den Dritten verursacht worden. Das wird allgemein anerkannt[30]). Gleichwohl muß hier der Versuch, sich die von dem Dritten angewandte Körperkraft als auf den Schüler wirkend vorzustellen, versagen. Die Kraft des Dritten wirkt nur auf den Schwimmlehrer, darüber hinaus hilft uns die Kraftvorstellung nicht. Der Lehrer seinerseits wirkt nicht auf ein weiteres kausales Zwischenglied.

Der naturwissenschaftliche Verursachungsbegriff muß weiter stets versagen, wenn ein Erfolg nur durch Vermittlung von Rechtssätzen eintritt. Wenn A. den Kaufmann B. verletzt, so gehören zu dem verursachten und zu ersetzenden Schaden zweifellos auch die Verbindlichkeiten, die B. infolge der Verletzung eingehen muß[31]). So, wenn B., um sich während seiner Krank-

---

[28]) Genauer: Uns zu wirken *scheint*. Nur in diesem Sinn ist im Folgenden „wirken“ zu verstehen.
[29]) Leonhard 175; Landsberg 96.
[30]) Engisch 27; Traeger Probl. 15/16.
[31]) Manigk 474; Fromherz 43; vgl. auch Oertmann, vor § 249, 1b Abs. 2.

heit im Geschäft vertreten zu lassen, einen Gehilfen einstellt[32]). Die Vorstellung, daß die Einwirkung des A. auf den B. immer weiter gegeben schließlich zu der Verbindlichkeit geführt habe, wäre unhaltbar. Man kann vielleicht noch sagen, daß die Verletzung in B. den Entschluß bewirkt habe, einen Gehilfen einzustellen. Man kann sich vielleicht auch noch vorstellen, daß die Abgabe der Vertragserklärungen bewirkt sei. Aber bei der Frage, wie das Entstehen der Verbindlichkeit aus der Abgabe der Erklärungen gefolgt sei, muß die Vorstellung des Wirkens völlig versagen.

Will man in den genannten Fällen von einem Bewirken des Erfolges reden, so kann das nur dahin verstanden werden, daß ein wirkendes Glied den Anfang der Kausalkette bilden muß. Es würde danach nur notwendig sein, daß das kausale Verhalten selbst eine Kraftentfaltung darstellt, d. h. positive Handlung ist. Diese Auffassung, die mit dem naturwissenschaftlichen Begriff der Verursachung nichts mehr zu tun hat[33]), wird insbesondere von Traeger vertreten. Zur Begründung beruft sich Traeger auf den populären Sprachgebrauch, der von Verursachung auch dann redet, wenn die Abwendung eines Erfolges verhindert wird[34]). Wenn damit dem gemeinen Spcachgebrauch entscheidendes Gewicht beigelegt wird für die Beantwortung der Frage, was unter Kausalität zu verstehen sei, so kann dem nur zugestimmt werden. Es muß in der Tat angenommen werden, daß der Gesetzgeber die Sprache des Lebens sprechen wollte. Wenn die Sprache des Lebens Verhaltensweisen für kausal erklärt, deren Ursächlichkeit nach dem naturwissenschaftlichen Kausalbegriff zu verneinen ist, so beweist das eben, daß der naturwissenschaftliche Ursachenbegriff hier nicht angewendet werden kann[35]). Es muß jedoch Traeger entgegengehalten werden, daß man bei konsequenter Anlehnung an den Sprachgebrauch des Lebens gar kein Wirken fordern darf und die Kausalität der Unterlassung anerkennen muß[36]). Traeger glaubt, daß Verursachen gleichbedeutend sei mit setzen einer Bedingung, und erklärt dann, daß dieses „Setzen" nur durch positive Handlung erfolgen könne[37]). Aber das ist durchaus zu

---

[32]) Fromherz a.a.O.
[33]) Traeger, Probl. 15.
[34]) Traeger, Probl. 16.
[35]) Leonhard 174.
[36]) Köhler 208, 213.
[37]) Traeger, Probl. 17, 20.

bestreiten. Woraus soll sich denn das Erfordernis des „Setzens“ ergeben? Aus der Verbalform „Verursachen“ doch jedenfalls nicht, denn auch „Unterlassen“ ist ein Tätigkeitswort und doch keine Tätigkeit. Der richtige Weg ist auch hier auf den Sprachgebrauch des Lebens abzustellen. Und der ergibt, daß eine Unterlassung einen Erfolg verursachen kann. Kein Unbefangener wird etwas dagegen einzuwenden haben, wenn gesagt wird, eine Blume sei verwelkt, weil sie nicht begossen wurde[38]). Dieser vulgäre Sprachgebrauch muß umsomehr als maßgebend anerkannt werden, als das Gesetz sich selbst zu ihm bekannt hat[39]). Die §§ 1875, 254 BGB. und 316, 322² StGB. sprechen ausdrücklich von einer „Verursachung“ durch Unterlassungen, und in zahlreichen anderen Bestimmungen hat der Gesetzgeber diese seine Auffassung in anderen gleichbedeutenden Wendungen niedergelegt. Der Sprachgebrauch ist schließlich auch weit verbreitet in Rechtsprechung[40]) und Lehre[41]). Es ist somit nicht zu bezweifeln, daß die Denkform der Kausalität auf jedes Verhalten, einerlei ob Handlung oder Unterlassung, Anwendung findet, d. h., daß auch eine Unterlassung einen Erfolg verursachen kann[42]).

§ 4.

Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit in das Verhältnis zwischen Unterlassung und Erfolg ihre Rechtfertigung jedenfalls nicht in dem behaupteten Mangel der Kausalität finden kann. Das Erfordernis des Verstoßes gegen eine Rechtspflicht zum Handeln wird denn auch von vielen aufrecht erhalten, die die Kausalität der Unterlassung garnicht leugnen. Die Vertreter dieser Ansicht erkennen die Unterlassung als mögliche Ursache eines Erfolges an, wollen aber die Kausalität im Einzelfall von der Rechtswidrigkeit abhängig machen.

So erkennt Köhler richtig, daß im Rechte nicht der naturwissenschaftliche Verursachungsbegriff maßgebend ist, sondern der des gemeinen Sprachgebrauches, nach dem auch eine Unter-

---

[38]) Mayer 149; vgl. weiter Leonhard 174; Fromherz 36; Kissin 28.
[39]) Vgl. RGZ. 52, 376; Koehler 208; Leonhard 174.
[40]) RGSt. 39, 397; 51, 127; 58, 131; 63, 393; 66, 72.
[41]) Vgl. etwa Planck § 823 B II, 2; Hellbach, Recht 1904, 101.
[42]) So auch Frank § 1 IV, Abs. 1, S. 17; Sauer 207, 208.

lassung verursachen kann[1]). Ob aber eine Unterlassung ursächlich sei, könne nur vom Standpunkt eines Interessenten aus beurteilt werden, der ein bestimmtes Verhalten erwarte. Was den erwarteten Verlauf der Dinge durchkreuze, könne vom Standpunkt des Erwartenden aus als Ursache für den Eintritt des Erfolges angesehen werden. Vom Standpunkt des Rechtes aus gesehen könne eine Unterlassung nur dann Ursache eines Erfolges sein, wenn das Recht hinderndes Tun erwartet habe, d. h., wenn eine Rechtspflicht zur Verhinderung des Erfolges bestand[2]).

In ähnlicher Weise wird von Allfeld versucht, die Kausalität der Unterlassung von ihrer Rechtswidrigkeit abhängig zu machen. Von der Adäquanztheorie ausgehend, will Allfeld ein menschliches Verhalten dann als kausal ansehen, wenn der Zusammenhang zwischen Verhalten und Erfolg im Bereiche erfahrungsgemäßer Vorstellung liegt. Der Erfahrung des Lebens entspreche aber die Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung nur dann, wenn die Abwendung durch positive Handlung rechtlich geboten war[3]).

Diesem Ergebnis hat sich das RG., das im allgemeinen auch bei Unterlassungen scharf zwischen Kausalität und Rechtswidrigkeit scheidet[4]), zuweilen angeschlossen. So, wenn in einer Entscheidung ausgeführt wird: „Auch die Unterlassung wird zum Handeln im Sinne des StGB., wenn durch eine vorhergehende Tätigkeit des Unterlassenden ein Handeln geboten war; in solchen Fällen ist das Unterlassen die Ursache des Geschehenen“[5]).

Was zunächst die Gründe von Köhler und Allfeld für die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit in die Kausalität anbetrifft, so können diese als durchschlagend nicht anerkannt werden. Gegen Allfeld ist zu bemerken, daß auch bei rechtlich indifferenten Unterlassungen die Herbeiführung des Erfolges der Lebenserfahrung entsprechen kann[6]). So lehrt gewiß die Erfahrung, daß Zimmerpflanzen verwelken, wenn sie nicht begossen werden, und doch gebietet die Rechtsordnung nicht das Begießen. — Bei Köhler vermißt man den Nachweis dafür, daß nur die vom Rechte verlangte Handlung vom Recht er-

---

1) Köhler 211 ff.
2) Koehler 215.
3) Allfeld 115.
4) Vgl. oben § 3 Anm. 17.
5) RGSt. 51, 12; ähnl. 11, 154. Weiter Soergel § 249 Vorbem. II, 2; v. Rohland 41.
6) Kissin 26/27.

wartet wird. Das Recht kann doch auch in der Frage, ob ein Eingreifen zu erwarten ist, die allgemeine Lebensauffassung als maßgebend anerkennen[7]). Das Leben erwartet ein Handeln aber oft auch ohne Vorliegen einer Rechtspflicht. Es lassen sich sogar Fälle denken, in denen die Vornahme rechtswidriger Handlungen zu erwarten ist. So erwartet jeder, daß der Dieb das Nummernschild des gestohlenen Autos ändert. Tut der Dieb dies nicht, so erscheint seine Unterlassung als Ursache dafür, daß der Eigentümer seinen Wagen wiederbekommt[8]). Sehr häufig sind weiter die Fälle, in denen das Leben die Vornahme rechtlich unerheblicher Handlungen erwartet. Wenn eine Frau ihr Kind und ihren Kanarienvogel verhungern läßt, so wird niemand behaupten wollen, sie habe wohl den Tod des Kindes, nicht aber den des Vogels verursacht, und doch bestand nur eine Pflicht zur Ernährung des Kindes. Noch deutlicher: Ein Gärtner, in dessen Treibhaus sich eigene und fremde, in Pension gegebene, Pflanzen befinden, unterläßt es in einer kalten Nacht, die Treibhausfenster zu schließen. Wer wollte hier behaupten, der Gärtner habe nur das Eingehen der fremden, nicht das seiner eigenen Pflanzen verursacht?[9]). Schwerlich wird man ohne zwingenden Grund dem Gesetz eine Auffassung unterschieben dürfen, die zu so unsinnigen Ergebnissen führt.

Gegen die Richtigkeit dieser Ansicht spricht weiter entscheidend, daß die Beziehung zwischen Verhalten und Erfolg bei Unterlassungen genau dieselbe ist wie bei Handlungen. Daraus folgt dann weiter, daß man nicht bei der Unterlassung noch das besondere Erfordernis der Rechtswidrigkeit aufstellen darf. Daß die Beziehung in beiden Fällen die des Kausalzusammenhanges ist, wurde bereits gezeigt. Aber auch alle Versuche, grundlegende Unterschiede in bezug auf die Art der ursächlichen Verknüpfung von Handlung und Erfolg einerseits, Unterlassung und Erfolg andererseits aufzuzeigen, sind mißlungen.

Redslob, der grundsätzlich die Kausalität der Unterlassung anerkennt, will nach der Art des Verursachens zwei Arten von Umständen unterscheiden[10]). Die einen sollen vermöge ihrer individuellen Merkmale ursächlich sein, d. h., durch ihre sämtlichen Eigenschaften den Erfolg bedingen. Hierher rechnet

---

7) Vgl. z. B. § 254 BGB.

8) Verf. verdankt dies Beispiel einer Anregung von Herrn Geh. Justizrat Leonhard.

9) Beispiel von Kitzinger nach Sauer Kausal. 214.

10) Redslob 4.

Redslob die Handlungen. Die Ursächlichkeit der anderen Gruppe von Umständen soll nur in ihren generellen Merkmalen begründet sein, d. h., diese Umstände sollen den Erfolg nur bedingen durch diejenigen Eigenschaften, die diese Umstände als einer bestimmten Gattung von Umständen zugehörig erscheinen lassen. In diese Gruppe will Redslob die Unterlassungen einordnen. Dabei sieht Redslob die Unterlassung abweichend von der oben gegebenen Definition in der Betätigung, die der Unterlassende an Stelle der erfolgshindernden Handlung vornimmt. Diese andere Betätigungsweise ist nach Redslob[11]) „nicht Bedingung des Erfolges in ihrer individuellen Gestalt, sondern nur soweit sie Unterlassung ist, d. h. sie ist Bedingung nur dadurch, daß sie zu der Gattung derjenigen Bedingungen gehört, welche das betreffende Tun nicht enthalten. Die andere Betätigungsweise bedingt also nicht nach ihren individuellen, sondern nach einem generellen Merkmal; sie bedingt nicht an sich selbst, sondern als Vertreterin der Gattung". — — Diese ganze Unterscheidung Redslobs läßt sich aber nicht halten. Unhaltbar ist schon die Vorstellung, daß im Falle der Unterlassung die gleichzeitige anderweitige Betätigung den Erfolg verursache. Die Behauptung, eine Mutter, die strickt, während ihr Kind verhungert[12]), habe durch das Stricken getötet, wird nicht einleuchtender durch Hinzufügung der Erklärung, das Stricken sei insofern Ursache für den Tod, als es nicht zu den Betätigungsweisen gehört, die dem Kinde das Leben retten. Diese ganze Auffassung ist so gekünstelt und lebensfremd, daß sie keine Zustimmung verdient. Aber selbst wenn man sich dieser Auffassung anschließen wollte, wäre noch Redslobs weiterer Gedankengang verfehlt. Denn das, was Redslob als Besonderheit der Unterlassung anführt, daß sie nämlich nur verursache, weil sie zu einer bestimmten Gattung von Verhaltensweisen gehört, trifft für die positive Handlung ebenso zu[13]). Wenn jemand einen bestimmten Erfolg verursachen will, so kann er sich regelmäßig ganz verschieden verhalten. Dabei bleibt es ganz gleichgültig, ob durch Handlung oder durch Unterlassung verursacht werden soll. Will eine Mutter ihr Kind verhungern lassen, so kann sie in der Zeit stricken, tanzen, spazieren gehen oder sonst irgend etwas tun. Aber auch bei der Verursachung durch Handeln kann derselbe Erfolg durch verschiedene Verhaltensweisen her-

---

[11]) Redslob 18 19.
[12]) Vgl. oben § 3 zu Anm. 9.
[13]) Vgl. zum Folgenden Kissin 41/42.

beigeführt werden. Wer einen anderen töten will, kann ihn ins Wasser stoßen, erschießen, erschlagen oder sonstwie zu Tode bringen. Man könnte einwenden, der Tod durch Ertrinken, Erschießen usw. seien verschiedene Erfolge. Aber kann man auch sagen, der Erfolg sei verschieden, je nachdem ob ein Scharfrichter das Fallbeil mit der rechten oder linken Hand auslöst? Das Verhalten ist sicherlich in einem Punkte verschieden. Gemeinsam ist beiden Betätigungen nur, daß sie zur Gattung der Auslösung des Fallbeils an diesem Ort und zu dieser Zeit gehören. Ein Unterschied des Erfolges ließe sich nur finden, wollte man behaupten, daß die Auslösung gerade wie sie erfolgt ist, nämlich durch diese und nicht durch die andere Hand, mit zum Erfolge gehöre. Dann müßte man aber konsequent bleiben und auch die nach Redslob einmal durch Stricken, einmal durch Tanzen verursachte Tötung für verschiedene Erfolge ansehen. Dann wäre auch die Unterlassung nach ihren individuellen Merkmalen kausal. Zuzugeben ist lediglich, daß die möglichen Verhaltensweisen bei Verursachung durch Unterlassung meist zahlreicher sind als bei der durch Handlung[14]). Das kann aber einen grundsätzlichen Unterschied nicht begründen. Es ergibt sich also: Ganz gleichgültig, ob die Herbeiführung eines Erfolges durch Handlung oder durch Unterlassung in Frage steht, stets führt das betreffende Verhalten den Erfolg nur darum herbei, weil es zu den für diesen Erfolg kausalen Verhaltensweisen gehört, also in der Redeweise Redslobs: kraft seiner generellen Merkmale. Wäre eine Handlung tatsächlich stets Ursache nach ihren individuellen Merkmalen, also nach ihren sämtlichen Besonderheiten, so müßte im Einzelfall nur diese Handlung zur Herbeiführung des Erfolges geeignet gewesen sein, was offenbar falsch ist[15]).

Nach von Hippel besteht ein anderer grundsätzlicher Unterschied zwischen kausalem Tun und kausalem Unterlassen. Hippel erkennt an, daß die Denkform der Kausalität gleichermaßen auf Handlungen wie auf Unterlassungen Anwendung findet[16]). Es sei aber unmöglich, die Kausalität der Unterlassung der der positiven Handlung gleichzustellen. Eine Handlung werde als kausal erkannt, wenn sie einen Kraftbeitrag zum Erfolg liefere, wenn sie den Erfolg bewirke[17]). Davon könne bei der Unterlassung keine Rede sein. Sie liefere keinen Kraftbeitrag.

---

[14]) Kissin 41.
[15]) Kissin 42.
[16]) Von Hippel 160.
[17]) Von Hippel 137.

ihre kausale Bedeutung liege lediglich im Nichthindern des Erfolges[18]). Hippel will also die Kraftvorstellung wenigstens für den Fall der Verursachung durch Handlung aufrecht erhalten. Aber zu Unrecht. Es wurde bereits gezeigt, daß das Wirken der Handlung jedenfalls nicht im naturwissenschaftlichen Sinne verstanden werden kann. Denn es gibt kausale Handlungen, die nicht im naturwissenschaftlichen Sinn den Erfolg bewirken[19]). Es bliebe also nur möglich, das Wirken der Handlung in den Sinn aufzufassen, daß am Anfang der Kausalkette eine Kraftentfaltung stehen müsse. D. h.: der einzige Unterschied ist eben der, daß am Anfang einmal eine Handlung, das andere Mal eine Unterlassung steht. Alles was auf das körperliche Verhalten folgt, weist bei Handlung und Unterlassung keine durchgehenden Verschiedenheiten auf.

Daß aber in dem Beginn der Kausalkette durch Handlung und durch Unterlassung ein sachlicher Unterschied zu finden sei, muß entschieden bestritten werden[20]), denn der Unterschied von Handlung und Unterlassung selbst ist vielfach ein rein formaler. In zahlreichen Fällen läßt sich zeigen, daß je nach der Betrachtungsweise des Beschauers ebensogut eine Handlung wie eine Unterlassung angenommen werden kann[21]). Vor allem ist hier an die Fälle zu denken, in denen eine Handlung unter Außerachtlassung der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen wird[22]). Wenn jemand ein Gerüst aufbaut, ohne die nötigen Stützen anzubringen, so kann man als Ursache des späteren Einsturzes ebenso den Aufbau eines wackligen Gerüstes (Handlung) wie auch die Nichtanbringung der Stützen (Unterlassung) ansehen[23]). Beide Betrachtungsweisen sind gleichberechtigt. Die Ansichten darüber, ob im Einzelfall eine Verursachung durch Handeln oder durch Unterlassen vorliegt, gehen denn auch vielfach auseinander. Als Beispiele mögen zwei Fälle aus der Rechtsprechung des RG. dienen:

Ein Apotheker hatte der Vorschrift des Arztes entsprechend eine phosphorhaltige Arznei für ein Kind angefertigt. Nach dem Verbrauch der ersten Flasche erneuerte er auf Verlangen der Mutter die Arznei viermal, ohne sich zu vergewissern, daß der Arzt mit der ferneren Verabreichung einverstanden sei. Das

[18]) Von Hippel 159.
[19]) Siehe oben § 3.
[20]) Leonhard 175.
[21]) So auch RGZ. 52, 376.
[22]) Vgl. Klee 422.
[23]) Weitere Beispiele vgl. Leonhard 175.

Kind starb an Phosphorvergiftung. Nach Ansicht des RG. hat hier die fahrlässige Handlungsweise „nicht sowohl in der positiven Handlung der viermaligen Erneuerung der Arznei, als vielmehr in der Unterlassung bestanden, daß er zu dieser Erneuerung ohne die nach den Umständen gebotene Vergewisserung über das Vorliegen ärztlicher Genehmigung derselben schritt". Es wird daher untersucht, ob Kausalzusammenhang zwischen dieser schuldhaften Unterlassung und dem Tod des Kindes vorliegt[24]).

Neuerdings hat jedoch das RG. seine Auffassung geändert und will derartige Fälle, in denen ein Handeln einhergeht, als positives Tun behandeln[25]): Der Inhaber einer Pinselfabrik hatte chinesische Ziegenhaare bezogen und diese trotz der Mitteilung der liefernden Firma, daß er sie desinfizieren müsse, ohne vorherige Desinfektion durch seine Arbeiter zu Pinseln verarbeiten lassen. Mehrere Arbeiterinnen wurden durch Milzbrandbazillen infiziert und starben daran[26]). Dieser Fall liegt innerlich genau wie der vorerwähnte. Beidemal ist eine gefährliche Handlung vorgenommen worden, ohne daß vorher die nötigen Vorsichtsmaßregeln getroffen wurden. Es ist zwar in dieser Entscheidung auf die Frage Handlung oder Unterlassung nicht ausdrücklich eingegangen. Daß das Reichsgericht aber eine Handlung annimmt, erhellt daraus, daß erklärt wird, der Fabrikant habe „dadurch, daß er seinen Arbeitern .... nicht desinfizierte Ziegenhaare .... zur Verfügung stellte"[27]), eine Bedingung für den Tod der Arbeiterinnen gesetzt. Weiter ist es nur mit der Annahme einer Handlung zu vereinbaren, wenn ausgeführt wird, daß hier der Erfolg „tatsächlich als Wirkung"[28]) des Verhaltens des Fabrikanten eingetreten sei.

In der Tat hindert uns nichts, in beiden Fällen statt der Unterlassungen Handlungen anzunehmen. Man kann durchaus als Ursache des Todes die Verabfolgung der giftigen Arznei oder die Hingabe der infizierten Ziegenhaare ansehen. Besonders deutlich wird das, wenn wir annehmen, in einem dieser Fälle sei die Tötung vorsätzlich oder gar absichtlich verursacht worden. Das würde an den Kausalverhältnissen nichts ändern. Und doch würde, wenn der Fabrikant beabsichtigt hätte, seine Arbeiter zu infizieren, wohl jedermann ge-

---

[24]) RGSt. 15, 151, 152.
[25]) Vgl. darüber Mezger S. VII.
[26]) RGSt. 63, 211.
[27]) a a O. 213.
[28]) a.a.O. 213.

neigt sein, die Hingabe der Ziegenhaare (Handlung) als Ursache des Todes anzusehen. Beide Betrachtungsweisen sind also gleichberechtigt. Ob eine Handlung oder eine Unterlassung angenommen wird, ist hier nur eine Frage der Formulierung. Es ergibt sich daraus, daß zwischen der Verursachung durch Handlung und der durch Unterlassung ein grundsätzlicher Unterschied gar nicht bestehen kann. Denn ob wir nun in diesen Fällen Verursachung durch Handlung oder durch Unterlassung annehmen, die Art des Kausalzusammenhanges zwischen dem Verhalten und dem Erfolg muß sich selbst stets gleich bleiben.

Dasselbe muß von der rechtlichen Behandlung gelten. Unmöglich kann man in diesen Fällen die Entscheidung davon abhängig machen, ob der Tatbestand als Verursachung durch Unterlassung oder durch Handlung formuliert ist. Die Entscheidung würde sonst in vielen Fällen von der rein willkürlichen Formulierung abhängig sein[29]). Es ergibt sich daraus, daß ganz allgemein die rechtliche Behandlung eines Verhaltens unabhängig davon sein muß, ob es sich um eine Handlung oder um eine Unterlassung handelt. Wenn die Kausalität der Handlung nicht von ihrer Rechtswidrigkeit abhängig ist (vgl. etwa BGB. § 904), so muß das gleiche auch für die Kausalität der Unterlassung gelten. Ist einmal erkannt, daß ein grundsätzlicher Unterschied zwischen der Herbeiführung eines Erfolges durch Handlung und durch Unterlassung nicht besteht, so kann auch nicht mehr behauptet werden, es folge zwar aus der Kausalität einer Handlung für einen rechtlich mißbilligten Erfolg ihre Rechtswidrigkeit, aber die Kausalität einer Unterlassung setze umgekehrt ihre Rechtspflichtwidrigkeit voraus.

§ 5.

Wenn immer wieder mit den verschiedensten Begründungen versucht worden ist, die Rechtswidrigkeit in die Beziehung der Unterlassung zu ihrem Erfolg hineinzutragen, so ist das nur dadurch zu erklären, daß fast alle, die sich eingehender mit der Frage beschäftigt haben, nur rechtswidrige Unterlassungen bei ihren Untersuchungen im Auge hatten. Ist doch die ganze Lehre zumeist nur als ein Problem des Strafrechtes oder doch

---

[29]) Daß sich tatsächlich verschiedene Ergebnisse bei Behandlung desselben praktischen Falles einmal als Handlung, das andere Mal als Unterlassung ergeben, darüber vgl. Mezger S. VII.

des Deliktsrechtes erörtert worden. Von einigen wird denn auch das Erfordernis der Rechtspflicht zum Handeln ausdrücklich nur für die Herbeiführung rechtswidriger Erfolge durch Unterlassung aufgestellt[1]). Aber oft fehlt auch diese Einschränkung. Köhler z. B. behandelt die Frage zwar in seinem Lehrbuche des Strafrechtes, aber seine Begründung, vom Standpunkte des Rechtes aus gesehen könne eine Unterlassung nur Ursache sein, wenn das Recht hinderndes Tun erwartet habe, ist so allgemein gehalten, daß sie, wäre sie richtig, für jede Verursachung durch Unterlassung gelten müßte. Dasselbe läßt sich sagen von dem bei Allfeld gegebenen Argument, die Herbeiführung eines Erfolges durch Unterlassung entspreche der Erfahrung des Lebens nur dann, wenn die Abwendung rechtlich geboten war. Schließlich begegnet man auch im zivilrechtlichen Schrifttum nicht selten ganz allgemein gehaltenen Wendungen wie etwa „Unterlassungen können ursächlich für einen Schaden sein, wenn eine Pflicht zum Handeln bestand"[2]). Daß der Satz, so allgemein ausgesprochen, gar nicht richtig sein kann, läßt sich am besten durch die Aufzeigung rechtmäßiger kausaler Unterlassungen beweisen. Eine solche liegt z. B. vor, wenn jemand durch Nichtbegießen seine eigenen Blumen eingehen läßt[3]). Rechtserhebliche und doch rechtmäßige kausale Unterlassungen begegnen freilich nur vereinzelt.

Als ein vom Gesetz ausdrücklich hervorgehobener Fall ist § 254 BGB. zu nennen[4]). Nach dieser Bestimmung hängt bei mitwirkendem Verschulden des Beschädigten der Umfang des zu leistenden Schadensersatzes u. a. davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem Schädiger oder dem Beschädigten verursacht ist. Und aus Absatz 2 ergibt sich, daß das Verschulden des Beschädigten auch in gewissen Unterlassungen, z. B. in der Nichthinderung oder Nichtabwendung des Schadens, bestehen kann. Gleichwohl trifft hier nach richtiger Ansicht den Beschädigten keine Rechtspflicht zur Hinderung oder Abwendung des Schadens[5]). Von einigen[6]) wird das zwar bestritten, aber zu Unrecht. Wenn § 254 den Bestand und die Höhe der Ersatzansprüche von dem Verhalten des Beschädigten abhängig

---

1) Z. B. Traeger, Problem 77.
2) So Soergel § 249 Vorbem. II 2.
3) Vgl. dazu auch Binding 547 ff.
4) Oertmann, Vorbem. vor § 249—254 4 d (S. 58 Abs. 2).
5) Leonhard 184; Zitelmann 167; Oertmann § 254 b α; Rümelin 311, 33[illegible]
6) Von Liszt 84; Traeger Probl. 96/97.

macht, so werden damit zwar Rechtsnachteile an die Nichtabwendung des schädlichen Erfolges geknüpft. Aber dieser Umstand erlaubt noch keinen Schluß auf das Bestehen einer Rechtspflicht des Beschädigten zur Abwendung des Erfolges. Denn, daß auch nicht rechtswidrige Verhaltensweisen unter Umständen Rechtsnachteile nach sich ziehen können[7]), beweisen aufs deutlichste die Vorschriften der §§ 300 ff. BGB. über den Gläubigerverzug[8]). Eine Rechtspflicht des Beschädigten zur Abwendung des Schadens läßt sich auch nicht herleiten aus einer „notwendigen Genossenschaft“, wie sie nach Kohler[9]) durch die verletzende Tätigkeit zwischen den Beteiligten entstehen soll. Diese Begründung ist schon darum unhaltbar, weil als mitwirkendes Verschulden im Sinne des § 254 oft ein der Verletzung vorangehendes Verhalten des Beschädigten berücksichtigt werden muß[10]). Gegen das Bestehen einer Rechtspflicht des Beschädigten zur Abwendung des Erfolges, zur Anzeige des drohenden besonders großen Schadens usw. sprechen aber gewichtige Bedenken. Was soll denn die Auflegung einer derartigen Rechtspflicht überhaupt für einen Sinn haben? Das Recht verpflichtet niemanden, seine eigenen Interessen zu wahren[11]). Jedermann ist nach § 903 BGB. berechtigt, die ihm gehörigen Sachen zu zerstören, sei dies auch wirtschaftlich ganz unvernünftig. Soll die Rechtspflicht des Beschädigten zur Abwendung etwa dem Schädiger gegenüber bestehen? Dessen Belange sind voll und ganz gewahrt, wenn bei der Feststellung seiner Ersatzpflicht das Verhalten des Beschädigten nach Maßgabe des § 254 berücksichtigt wird. Daran, daß darüber hinaus dem Beschädigten die Hinderung oder Abwendung des Schadens rechtsverbindlich anbefohlen werde, hat der Schädiger gar kein Interesse. Besonders unsinnig wäre die Annahme einer derartigen Rechtspflicht dann, wenn der Beschädigte gar keinen Schadensersatz verlangen will. Soll der Beschädigte etwa auch in diesem Fall zur Abwehr des Schadens verpflichtet sein? Oder soll das Verhalten des Beschädigten erst dann, wenn Schadensersatz verlangt wird, rückwirkend rechtswidrig werden? Beides ist unhaltbar. Verständlich wird § 254 nur durch die Annahme, daß hier zwar nicht eine Rechtspflicht des Beschädigten zur Abwendung, Hinderung, Anzeige besteht, daß aber die Ausfüh-

[7]) Vgl. weiter Oertmann § 254, 1 b α.
[8]) Leonhard 185.
[9]) Kohler, Lehrb. 137.
[10]) Oertmann § 254, 1 b α.
[11]) Rümelin 311.

rung dieser Tätigkeiten Voraussetzung für den Erwerb eines Anspruches auf vollen Schadensersatz ist[12]).

In anderen Fällen können rechtmäßige kausale Unterlassungen sogar eine Schadensersatzpflicht begründen. Wer im Agressivnotstand des § 904 BGB. auf eine fremde Sache einwirkt, handelt rechtmäßig, hat aber gleichwohl den dem Eigentümer entstehenden Schaden zu ersetzen. Daß auch Unterlassungen den Tatbestand des § 904 erfüllen können[13]), ist zwar im Gesetz nicht ausdrücklich gesagt, aber, da grundsätzlich jeder Erfolgstatbestand durch Unterlassung verwirklicht werden kann, nicht zu bezweifeln. Man wird etwa an folgenden Fall zu denken haben: Ein Autofahrer, der gerade in eine unübersichtliche Kurve einbiegen muß, bemerkt im letzten Augenblick einen in der Kurve quer über die Straße liegenden Baumstamm. Da die Bremse versagt, unterläßt er das Einbiegen in die Kurve, läßt vielmehr den Wagen in der bisherigen Richtung weiterfahren, wo er nach Umrennen eines Lattenzaunes in einem Garten stehen bleibt. In dem Verhalten des Fahrers ist hier ein positives Handeln nicht zu sehen. Er hat es nur unterlassen, den Wagen in die neue Richtung der Straße zu lenken und damit die Gefährdung des am Straßenrande stehenden Lattenzaunes abzuwenden. Wenn er durch diese Unterlassung den fremden Zaun beschädigte[14]), so ist sein Verhalten durch § 904 gedeckt. Die Einwirkung auf den Zaun war zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr, nämlich des Zusammenstoßes mit dem Baumstamm, notwendig und der drohende Schaden, die Zertrümmerung des Wagens und Verletzung des Fahrers, war gegenüber dem durch Umrennen des Zaunes entstandenen Schaden unverhältnismäßig groß.

Ein drittes Beispiel liefert BGB. § 280. Wird eine geschuldete Leistung infolge eines vom Schuldner zu vertretenden Umstandes unmöglich, so hat der Schuldner dem Gläubiger den durch die Nichterfüllung entstehenden Schaden zu ersetzen. Auch hier zeigt das Gesetz, daß nach seiner Auffassung ein Nichttun, die Nichterfüllung einer Verbindlichkeit, für einen Erfolg, den Schaden des Gläubigers, ursächlich sein kann. Und doch ist auch hier das ursächliche Nichttun nicht in jedem Falle rechtswidrig.

---

[12]) Insoweit übereinstimmend Leonhard 185; Zitelmann 153, 166.

[13]) Vgl. Rümelin 330.

[14]) Daß das Vorliegen eines Rechtfertigungsgrundes an der Kausalität der Unterlassung nichts ändert, ist wohl unbestreitbar (vgl. Binding 554, Notwehr). Andernfalls wäre in unserem Fall der Fahrer nicht ersatzpflichtig.

Es ist hier vor allem auf die zahlreichen Fälle hinzuweisen, in denen die Leistung bereits vor Eintritt der Fälligkeit unmöglich wird. Eine Rechtspflicht zur Erfüllung besteht hier nicht. Sicher nicht vor Fälligkeit, aber auch nicht nachher, da ja mit Eintritt der Unmöglichkeit die Leistung gar nicht mehr erbracht werden kann. Es liegt darum keine eigentliche Unterlassung vor, sondern ein bloßes Nichttun. Kann aber ein nichtrechtswidriges Nichttun einen Erfolg verursachen, so muß dasselbe für den Spezialfall der Unterlassung gelten.

Die aufgezeigten Fälle beweisen, daß das Problem der Kausalität der Unterlassung gar nicht nur für rechtswidrige Verhaltensweisen besteht[15]). Die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit in die Kausalität der Unterlassung kann darum gar keine allgemein gültige Lösung der Frage bringen. Daß es aus Gründen der Einheit der Rechtsordnung höchst bedenklich sein muß, die Frage nach der Ursächlichkeit der Unterlassung für das Gebiet rechtswidrigen Verhaltens isoliert zu betrachten und zu beantworten, liegt auf der Hand. In den folgenden Paragraphen wird sich überdies ergeben, daß auch auf dem beschränkten Gebiete rechtswidrigen Verhaltens die Kausalität der Unterlassung nicht von der Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln abhängig gemacht werden kann. Denn es ergeben sich auch dort offensichtlich unrichtige Ergebnisse: Einmal, wenn man bei Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln die Unterlassung stets für kausal erklärt (§ 6), zum andern wenn man die Kausalität der Unterlassung nur da anerkennt, wo eine besondere Rechtspflicht zum Handeln verletzt ist (§ 7).

§ 6.

In große Schwierigkeiten geraten die bisher erörterten Theorien bei Beantwortung der Frage, was für eine Pflicht denn verletzt sein müsse, damit die Unterlassung zur Ursache des Erfolges (bzw. einer solchen gleichwertig) werde.

Am nächsten läge wohl die Antwort: Jede Rechtspflicht zu einem Handeln, das den Erfolg abgewendet hätte. Diese Ansicht, die auch vereinzelt vertreten wird[1]), kann aber einer ernsthaften Kritik nicht standhalten. Zur Widerlegung braucht hier nur auf § 360 [10] StGB. verwiesen zu werden. Nach dieser Vor-

---

[15]) So auch von Hippel 159 Anm. 3; Binding 547.

[1]) Vgl. etwa Soergel § 249 Vorbem. II, 2.

schrift wird mit Haft oder mit Geldstrafe bestraft, wer bei Unglücksfällen oder gemeiner Gefahr oder Not, von der Polizeibehörde oder deren Stellvertreter zur Hilfe aufgefordert, keine Folge leistet, obgleich er es ohne erhebliche eigene Gefahr tun könnte. Wenn das Gesetz hier die Untätigkeit des Aufgeforderten mit Strafe bedroht, so ergibt sich daraus unzweifelhaft, daß das Nichthelfen rechtswidrig ist, daß m. a. Worten eine Rechtspflicht besteht, der Aufforderung Folge zu leisten. Und doch würde man zu unerträglichen Ergebnissen gelangen, wollte man behaupten, der Aufgeforderte habe für alle für ihn voraussehbaren und bei pflichtgemäßem Eingreifen abwendbaren Erfolge einzustehen. Wenn[2]) Spaziergänger von einem Förster aufgefordert werden, beim Löschen eines entstehenden Waldbrandes zu helfen, sich aber weigern das zu tun, vielleicht, weil sie sonst den letzten Zug zur Heimfahrt versäumen würden, so mögen sie deswegen die im § 360[10] angedrohte Strafe tragen. Dagegen wäre es unvereinbar mit dem Rechtsgefühl, sie auch als Brandstifter zu bestrafen, wenn der Brand nun an Ausdehnung gewinnt und dies durch pflichtgemäße Hilfe verhindert worden wäre. Unstreitig findet in diesem Falle nur § 360[10] [3]), nicht auch die §§ 308, 309 StGB. Anwendung. Jede Rechtspflicht kann offenbar nicht genügen[4]).

Von manchen wird das Erfordernis darum schärfer dahin umschrieben, daß es sich um eine Rechtspflicht handeln müsse, die auferlegt ist zu dem Zwecke, Erfolge dieser Art abzuwenden. Das Vorliegen dieser Besonderheit mag sich vielleicht im Falle des § 360[10] bestreiten lassen[5]). Es bleiben aber genug Fälle übrig, in denen eine Rechtspflicht dieser Art vorliegt und trotzdem keine kausale Unterlassung angenommen werden kann. Ein Beispiel liefert § 139 StGB.: Mit Gefängnis wird bestraft, wer von dem Vorhaben gewisser schwerer Verbrechen zu einer Zeit, in welcher die Verhinderung noch möglich ist, glaubhafte Kenntnis erhält und es gleichwohl unterläßt, die Behörde oder die bedrohte Person zu benachrichtigen. Daß die im § 139 sanktionierte Pflicht um der Verhinderung derartiger Straftaten wegen aufgestellt ist, beweist die nähere Regelung, nach der die Nichtanzeige nur bestraft wird, wenn das Ver

---

[2]) Vgl. Traeger GS. 92, 299.

[3]) Traeger, Probl. 72 ff.; Leonhard 177; Mezger 141; Liszt Schmidt 180 Anm. 16; Enneccerus II, 74.

[4]) Vgl. auch von Alberti 25.

[5]) North nach Traeger Probl. 73.

brechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen wird[6]). Und doch kann derjenige, der das Vorhaben eines Mordes nicht anzeigt und dadurch die sonst sichere Hinderung des Verbrechens zu ermöglichen unterläßt, nicht als Gehilfe des Mörders bestraft werden[7]). Einmal würde dies Ergebnis wieder mit dem Rechtsgefühl unvereinbar sein. Weiter ist das auch aus § 139 selbst zu entnehmen. Da die Bestrafung nach § 139 nur eintritt, wenn das Verbrechen oder ein strafbarer Versuch desselben begangen ist, und wenn weiter die Erstattung der Anzeige noch die Hinderung des Verbrechens ermöglicht hätte, so würde der Nichtanzeiger ganz regelmäßig als Gehilfe am Verbrechen strafbar sein[8]). § 139 würde praktisch stets mit Beihilfe zu dem Verbrechen in Idealkonkurrenz stehen und darum überflüssig sein. Wenn das Gesetz gleichwohl den besonderen Tatbestand des § 139 mit seiner verhältnismäßig leichten Strafdrohung aufstellt, so zeigt es damit, daß es Beihilfe nicht für gegeben hält.

Einige geben dafür, daß in den genannten Fällen trotz Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln keine Haftung für den Erfolg eintritt, die Erklärung: Das Gesetz habe hier durch Schaffung besonderer Omissivdelikte zu erkennen gegeben, daß es eine weitergehende Bestrafung wegen des Erfolges nicht wolle[9]). Aber diese Begründung kann nicht überzeugen, denn es lassen sich Fälle zeigen, in denen trotz des Bestehens besonderer Omissivdelikte eine Haftung für den nicht gehinderten Erfolg unbedingt angenommen werden muß. So bedroht § 367 [12] den mit Geldstrafe oder Haft, der an Orten, wo Menschen verkehren, Brunnen, Keller, Gruben usw. unverwahrt läßt, macht also diese Verfehlungen zum Gegenstand eines besonderen Omissivdelikts. Gleichwohl verlangt das Rechtsgefühl dringend, daß der für die Verwahrung Verantwortliche auch für etwaige Folgen dieser seiner Nachlässigkeit einstehe[10]). Stürzt z. B. ein Kind in einen offenen Brunnen und findet darin den Tod, so ist der Besitzer, wenn er diesen Unfall voraussehen konnte, nicht nur nach § 367 [12] zu bestrafen, sondern es liegt Idealkonkurrenz zwischen § 367 [12] und § 222 vor[11]).

---

[6]) Mezger 141.

[7]) Leonhard 176, 177; Traeger, Probl. 72 ff.; Mezger 141; RGSt. 64, 276.

[8]) Kissin 97.

[9]) Sauer, Kausalität 221; Denkschr. zu E. 1919 § 16.

[10]) Traeger, Probl. 77; GS. 92, 299.

[11]) Entsprechendes läßt sich auch bei anderen Omissivdelikten zeigen. So Kraftfahrz.-Ges. § 22 [2], StGB. § 360 [8]; vgl. Traeger, Probl. 74.

Wieder anders will von Hippel helfen. Das Bestehen eines Omissivdeliktes schließe zwar nicht die Verantwortung für den Erfolg des betreffenden Verhaltens aus[12]). Doch könne aus dem Bestehen eines Omissivdeliktes allein nur die Bestrafung dieses, nicht auch des weiteren Erfolges geschlossen werden[13]). Diese sei nur möglich bei Verletzung einer anderweit auferlegten Pflicht zum Handeln. Aber damit erschöpft von Hippel das Problem nicht[14]). Denn selbst wenn diese Ansicht richtig wäre, so könnte sie doch nur die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausschließen. Die Frage, die uns die §§ 139, 360 [10] aufgeben, greift aber weiter. Die Wanderer, die den Waldbrand nicht löschen und derjenige, der die Anzeige von einem bevorstehenden Raube unterläßt, können doch auch nicht schadensersatzpflichtig sein[15]). Der Ausschluß der zivilrechtlichen Haftung läßt sich aus von Hippels Ansicht aber nicht herleiten.

Eine verbreitete Auffassung will Verantwortlichkeit für den Erfolg einer Unterlassung nur annehmen, wenn eine Pflicht zur Abwendung dieses Erfolges verletzt wird. Hier wird also im Gegensatz zu den bisher genannten Ansichten auf den Inhalt der Rechtspflicht abgestellt. Als Vertreter dieser Ansicht ist Liszt-Schmidt zu nennen, der scharf unterscheidet zwischen Pflichten zum „Erfolgabwenden" und bloßen Pflichten zum „Helfen"[16]). Nur die Verletzung der ersteren begründe Verantwortlichkeit für den nicht gehinderten Erfolg. Wie dieser Unterschied aufzufassen ist, führt genauer von Alberti aus, der zwischen „Erfolgspflichten" und bloßen „Beistandspflichten" unterscheidet. Das Verhältnis dieser beiden Pflichtengruppen zueinander sei das aus dem Schuldrecht bekannte von obligatio operis und obligatio operarum. Nur bei Verletzung der ersteren Pflichten, die die Herbeiführung des Erfolges der Gefahrbeseitigung verlangen, liege eine verantwortlich machende Begehung durch Unterlassung vor[17]). So klar diese Unterscheidung auf den ersten Blick zu sein scheint, so schwierig ist es, sie auf die einzelnen Pflichten anzuwenden. Das mag an einem Beispiel gezeigt sein. Nach § 1627 BGB. sind die Eltern verpflichtet, für die Person der Kinder zu sorgen. Es ergibt

[12]) Von Hippel 157 Anm. 6.
[13]) Von Hippel 166.
[14]) Mezger 142.
[15]) Enneccerus II 74; Leonhard 177.
[16]) Liszt-Schmidt 180 Anm. 16; 461, Anm. 4. Frank § 1, IV 3. Abs. unterscheidet Pflichten zur Abwendung des Erfolges und bloße Pflichten zum Tätigwerden.
[17]) Von Alberti 25/26.

sich daraus u. a., daß sie im Falle einer Krankheit für geeignete Pflege des Kindes zu sorgen haben. Gesetzt nun den Fall, die Eltern unterlassen die Pflege ihres schwerkranken Kindes, und dieses stirbt infolgedessen. Die Frage, ob die Eltern für den Tod des Kindes verantwortlich zu machen sind, wäre nach der hier erörterten Ansicht nur dann zu bejahen, wenn die durch § 1627 den Eltern auferlegte Pflicht dahin ginge, den Erfolg des Todes abzuwenden. Man sieht sogleich, daß sich die Gleichstellung mit der Erfolgspflicht beim Werkvertrag hier nicht restlos durchführen läßt. Wer einen Werkvertrag abschließt, den Erfolg aber nicht erreicht, hat seine Vertragspflicht nicht erfüllt, mag auch die geschuldete Leistung ganz zufällig unmöglich geworden sein. Kann man dasselbe von Eltern sagen, die ihr krankes Kind sachgemäß und aufopfernd gepflegt haben? Schwerlich. Die Eltern sind, wenn sie ihr Kind nach Kräften gepflegt haben, ihrer Pflicht voll und ganz nachgekommen. Von einer Erfolgspflicht, wie sie beim Werkvertrage vorliegt, kann also keine Rede sein. Es handelt sich lediglich um eine Pflicht „zu sorgfältiger Erstrebung eines ganz bestimmten Erfolges, der nach Kräften zu erreichen ist"[18]). Und doch muß man Eltern, die die Pflege ihres Kindes unterlassen, zweifellos für den eingetretenen Erfolg verantwortlich machen[19]). Der Ausdruck „Erfolgspflicht", den von Alberti hier noch verwenden will, ist mindestens „etwas voll-genommen"[20]). Wollte man freilich eine Erfolgspflicht im strengen Sinne wie beim Werkvertrag fordern, so würden die Eltern straffrei ausgehen, was ein unhaltbares Ergebnis wäre. — Die weitere Fassung des Begriffes der Erfolgspflicht hat aber einen anderen Fehler. Von ihr werden auch Pflichten erfaßt, deren Verletzung zweifellos keine Verantwortung für den Erfolg begründet. Als Beispiel diene wieder der § 360[10] StGB., aus dem sich die Rechtspflicht ergibt, in gewissen Notfällen der behördlichen Aufforderung um Hilfe Folge zu leisten. Bei der Frage, ob damit eine Erfolgs- oder eine Beistandspflicht begründet ist, wird man unterscheiden müssen. Ergeht z. B. bei einem großen Brande an einen Zuschauer einfach die Aufforderung, sich an den Löscharbeiten zu beteiligen, so liegt eine Pflicht zur Abwendung eines bestimmten Erfolges zweifellos nicht vor. Anders liegt aber der Fall, wenn, was unstreitig zulässig ist, die Aufforderung zur Vornahme einer bestimmten, leicht zu voll-

[18]) Von Alberti 27.
[19]) Mezger 139; Kissin 108, 112.
[20]) Von Alberti 27.

ziehenden Hilfeleistung ergeht, z. B. die letzte Kuh aus dem Stalle zu holen. Hier läßt sich nicht leugnen, daß eine Pflicht besteht „zur sorgfältigen Erstrebung eines ganz bestimmten Erfolges, der nach Kräften zu erreichen ist“. Es würde also eine Erfolgspflicht im Sinne von Albertis vorliegen. Indessen muß man es zweifellos auch hier bei der Strafe des § 360 [10] bewenden lassen, wenn der Aufgeforderte sich untätig verhält und die Kuh verbrennt. Es ergibt sich daraus, daß die Unterscheidung von Erfolgspflichten und bloßen Beistandspflichten eine befriedigende Lösung nicht ermöglicht, wobei es ganz gleichgültig ist, ob man die Erfolgspflichten im strengen Sinne oder in der weiteren Bedeutung von Albertis auffaßt.

Nach Traeger soll denn auch nicht jede Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges genügen. Traeger will das gemeinsame Merkmal aller Rechtspflichten zur Erfolgshinderung, deren Verletzung keine Verantwortlichkeit für den nichtgehinderten Erfolg begründen kann, darin finden, daß es sich nur um allgemeine Beistandspflichten handele. Es ist dabei wieder besonders an die §§ 139, 360 [10] StGB. gedacht. Den Unterlassenden verbinde hier nichts mit dem Gefährdeten. Der Unterlassende sei hier weder von vornherein auf einen Posten gestellt gewesen, um derartige Erfolge abzuwenden, noch habe er durch frühere Handlungen oder durch eine gefährliche Einrichtung die Gefahr für den Eintritt des Erfolges selbst herbeigeführt. Die Eigenart dieser Pflichten bestehe vielmehr gerade darin, daß der Verpflichtete rein zufällig in die Lage gekommen sei, helfen zu können. Rein zufällig habe er von dem Vorhaben eines Verbrechens gehört (§ 139), zufällig sei er am Ort der gemeinen Gefahr anwesend und zur Hilfe aufgefordert worden (§ 360 [10]). Ihn treffe die Pflicht zum Helfen wie jeden anderen, der zufällig in die gleiche Lage komme. Dieser Charakter als reine Zufallspflicht, als bloße allgemeine Beistandspflicht sei das, was in diesen Fällen eine Verantwortung des Unterlassenden für den Erfolg mit dem „allgemeinen Rechtsgefühl“ unvereinbar mache[21]). Traeger verlangt darum eine spezielle Rechtspflicht zur Verhinderung des Erfolges[22]). — Das führt aber auch nicht zu einer befriedigenden Lösung. Grundsätzliche Bedenken erregen muß schon der Weg, auf dem Traeger zu seiner Formel gelangt. Zunächst erklärt Traeger ganz allgemein, der Verursachung eines rechtswidrigen Erfolges stehe seine Nichthinderung gleich, wo eine Rechtspflicht zur Ver-

---

[21]) Traeger, Probl. 72—77.
[22]) Traeger, Probl. 77.

hinderung besteht[23]). Und daran wird, lediglich um nicht mit dem „Rechtsgefühl“[24]) in Widerstreit zu geraten, eine Gruppe von Rechtspflichten, nämlich die der allgemeinen Beistandspflichten, von dieser Regel ausgenommen. Der Rest, der bleibt, sind die speziellen Hinderungspflichten[25]). Es soll hier nicht bestritten werden, daß bei der Aufstellung einer brauchbaren Formel das Rechtsgefühl berücksichtigt werden muß. Aber es muß doch festgestellt werden, daß Traeger mit der Zulassung einer reinen Billigkeitsausnahme die Unzulänglichkeit der Regel anerkennt. Und weiter muß, wenn die Regel einmal als nicht immer zutreffend erkannt ist, gefragt werden, ob nicht noch weitere Ausnahmen nötig sind. Mit der Feststellung, daß eine Ausnahme für die allgemeinen Beistandspflichten gemacht werden muß, ergibt sich doch keinesfalls, daß das Bestehen jeder speziellen Rechtspflicht genügt, um Verantwortlichkeit des Unterlassenden für den Erfolg zu begründen.

Tatsächlich lassen sich denn auch viele Beispiele anführen, in denen Traegers Ansicht zu untragbaren Ergebnissen führen muß. Insbesondere ist hier an die Fälle zu denken, in denen jemand die Rechtspflicht zur Verhinderung des Erfolges durch Vertrag übernommen hat[26]), ohne daß durch diese Uebernahme zugleich die Gefahr für den Eintritt des Erfolges erhöht worden ist. Das mag an zwei Beispielen gezeigt sein: Der einzige Bergführer an einem Alpenorte hat sich durch rechtsverbindlichen Vertrag einem Touristen gegenüber verpflichtet, diesen auf einer gefährlichen Bergtour zu begleiten. Noch vor Antritt der Tour erklärt er aber, seiner Verpflichtung nicht nachkommen zu wollen, obwohl er weiß, daß der Tourist die Tour nun allein unternehmen will. Der Tourist geht allein und stürzt, wie der Bergführer als wahrscheinlich voraussehen konnte, tödlich ab[27]). Ein Wanderer trifft in ganz einsamer Gegend unter freiem Himmel einen hilflosen Schwerkranken an. Er verspricht ihm rechtsverbindlich, aus dem nächsten Dorfe Hilfe zu holen, unterläßt dies aber nachher aus Nachlässigkeit. Der Kranke kommt infolgedessen, wie vorauszusehen war, um[28]). — Sind der Bergführer und der Wanderer wegen fahr-

---

[23]) Traeger, Probl. 72.
[24]) Traeger, Probl. 73, 76.
[25]) Traeger, Probl. 77.
[26]) Leonhard 177; Koehler 220.
[27]) Beispiel von Mezger 144.
[28]) Beispiel von Traeger, Probl. 85/86.

lässiger Tötung oder gar wegen Totschlages oder Mordes zu bestrafen? Das Ergebnis wäre gewiß in keinem der beiden Fälle mit dem Rechtsgefühl zu vereinbaren. Und doch würde man nach Traegers Formel zur Anwendung der §§ 222, 212, 211 StGB. gelangen[29]). Sowohl für den Bergführer wie auch für den Wanderer bestand eine Rechtspflicht zur Verhinderung des Erfolges. Es handelte sich auch in beiden Fällen um eine spezielle Rechtspflicht, denn jeder von beiden und nur er hatte ja die Pflicht, dem anderen Vertragsteil gegenüber durch seine eigene ausdrückliche Erklärung auf sich genommen[30]). Es zeigt sich damit, daß es nicht genügt, wenn Traeger nur für die allgemeinen Beistandspflichten eine Ausnahme gelten läßt. — Man könnte freilich versuchen, die Formel Traegers weiter in der Weise einzuengen, daß auch die eben erwähnten Fälle vertraglicher Pflichtübernahme nicht erfaßt werden. Aber das Bedenkliche eines derartigen Verfahrens liegt auf der Hand. Man würde nie sicher sein, alle zu machenden Ausnahmen von der Regel gefunden zu haben. Man würde mit anderen Worten nie wissen, wann die Regel anzuwenden ist. Man kann auf diesem Wege nur einzelne Gruppen von Fällen feststellen, in denen die Regel nicht gilt. Damit ist aber nicht geholfen. Eine befriedigende Formel muß positiv angeben können, welcher Art die verletzte Rechtspflicht sein muß, damit die Nichthinderung des Erfolges seiner Verursachung durch positive Handlung gleichstehe.

Alle Versuche, allgemeingültige Kriterien zu finden, bei deren Vorliegen aus der Rechtswidrigkeit der Unterlassung ein zuverlässiger Schluß auf die Haftung für den nicht gehinderten Erfolg gezogen werden kann, müssen damit als mißlungen angesehen werden. Es bliebe nur noch die Möglichkeit, im Wege der Einzeluntersuchung vorzugehen. Löffler und Mezger gehen davon aus, daß es dem Gesetzgeber freistehe, welche Rechtsfolgen er an die Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln knüpfen wolle. Er sei nicht gezwungen, jede rechtswidrige Nichthinderung des Erfolges der Verursachung desselben durch positive Handlung gleichzustellen, insbesondere

---

[29]) Traeger will im letzten Fall tatsächlich so entscheiden; anders Leonhard 177; Kohler, Studien 58.

[30]) Zu Unrecht behaupten einige, daß durch Vertrag keine Rechtspflicht auferlegt werde, so Sauer 221 22. Das Gesetz erkennt den Vertrag als verbindlich an, insofern ist jede rechtsgeschäftliche Verbindlichkeit zugleich eine kraft Gesetzes bestehende (Kissin 109). Vertragspflichten vgl. weiter Mezger 143; von Hippel 162; RGSt. 58, 131; 10, 100; 64, 276.

3*

auch nicht, sie als solche zu bestrafen[31]). Da der Gesetzgeber aber gleichwohl in einigen Fällen beide Verhaltensformen gleichmäßig behandeln wolle, müsse in jedem Falle die Einzeluntersuchung ergeben, ob das Gesetz die Handlungspflicht der korrespondierenden Unterlassungspflicht gleichgestellt habe[32]). Man dürfe den Unterlassenden für den Erfolg nur verantwortlich machen im Falle der Verletzung einer „Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung, die den erweislichen Sinn habe, eine strafrechtliche Haftung für den Erfolg begründen zu wollen“[33]). Es bedürfe des „besonderen, im Wege der Auslegung des Gesetzes .... zu gewinnenden Nachweises, daß die Begründung der Pflicht zugleich ein strafrechtliches Haftbarmachen für den Erfolgseintritt in sich schließt“[34]). — Mezger und Löffler stellen damit nur auf die strafrechtliche Haftung für den Erfolg ab. Aber ihre Erwägungen sind so allgemeiner Art, daß sie für das bürgerliche Recht entsprechend fordern müßten den Nachweis, daß die Begründung der Pflicht eine zivilrechtliche Verantwortlichmachung für den Erfolg bedeute. Aber auch diese Ueberlegung ist nicht geeignet, eine Lösung des Problems zu bringen. Mezger gibt selbst zu, daß die Frage, wann ein Gesetz den betreffenden Sinn habe und wann nicht, eine „äußerst schwierige und bisher noch nicht befriedigend gelöste“[35]) sei, und Löffler hält ihre Lösung für eine „geradezu verzweifelte Aufgabe“[36]). Man wird aber noch weiter gehen und feststellen müssen, daß die Auslegung der die Rechtspflicht auflegenden Bestimmung meist gar nichts über die hier erörterte Frage ergeben kann. Mezger und Löffler wollen etwas aus dem Gesetz herauslesen, was darin nicht zu finden ist. Mit welchem Recht könnte man etwa behaupten, § 1627 BGB., der den Eltern die Pflicht zur

---

[31]) Mezger 142; Löffler 769.
[32]) Löffler 770.
[33]) Mezger 140.
[34]) Mezger 140/141.
[35]) Mezger 141, der aber gleichwohl strafrechtliche Haftung für den Erfolg annehmen will, 1. bei durch Rechtssatz auferlegten Pflichten: wenn in besonders gefährdeter Lage jemandem die besondere Rechtspflicht zur Abwendung des Erfolges auferlegt ist; 2. bei übernommenen Pflichten: wenn durch die Uebernahme die Gefahr des Erfolgseintrittes erhöht wurde und die Pflicht zur Abwendung dieser Gefahr übernommen war. Damit ist auf eine einheitliche Lösung des Problems verzichtet. Beide Formeln sind nicht aus einem allgemeinen Gesichtspunkt abgeleitet, sie enthalten lediglich eine Zusammenstellung der bisher als notwendig erkannten Ausnahmen. Gegen dies Verfahren vgl. die kritischen Bemerkungen gegen Traeger.
[36]) Löffler 770.

Unterhaltung ihrer Kinder auferlegt, habe den „Sinn", die Eltern im Falle der Nichterfüllung dieser Pflicht für den Erfolg strafrechtlich verantwortlich zu machen. Die Regelung der in diesem Zusammenhang auftauchenden strafrechtlichen Probleme liegt der Pflichtbegründung durch § 1627 BGB. doch völlig fern. Die „Auslegung" dieser Vorschrift ist darum für unsere Frage ganz unergiebig.

Es ergibt sich daraus auch für das Gebiet rechtswidrigen Verhaltens: Die behauptete Abhängigkeit der Kausalität einer Unterlassung von der Rechtswidrigkeit besteht jedenfalls nicht in dem Sinne, daß das rechtswidrige Nichthindern des Erfolges stets der Verursachung desselben durch positive Handlung gleichsteht. Andererseits gibt es auch keine befriedigende Antwort auf die Frage, welcher Art denn nun die verletzte Rechtspflicht sein müsse, damit der Satz zutreffe[37]). Mit der Feststellung, daß das Nichthindern eines Erfolges rechtswidrig war, ist also für die Frage nach der Kausalität für den Erfolg gar nichts gewonnen.

§ 7.

Die Unhaltbarkeit der Theorien, die die Kausalität der Unterlassung von ihrer Rechtswidrigkeit abhängig machen, wird schließlich bewiesen durch die Tatsache, daß eine Haftung für rechtswidrige Verursachung durch Unterlassungen vielfach angenommen werden muß, wo die Uebertretung eines besonderen Rechtssatzes nicht nachweisbar ist. Daß es rechtmäßige kausale Unterlassungen gibt, wurde bereits oben gezeigt[1]). Hier im Gebiete der Haftung für rechtswidrige Unterlassungen kann es sich nur um den Nachweis handeln, daß keine doppelte Gesetzesübertretung erforderlich ist. Wenn z. B. eine Mutter ihr Kind verhungern läßt und deswegen gemäß § 211 StGB. bestraft werden soll, so muß sie selbstverständlich das Gebot des § 211, nicht zu töten, übertreten haben. Die Frage ist nur, ob daneben die Verletzung einer weiteren, nicht erst durch § 211 StGB. auferlegten Pflicht[2]) (zur Ernährung des Kindes) vorliegen muß. Die bisher erörterten Theorien müssen eine derartige „doppelte Normverletzung"[3])

[37]) Frank § 1 IV, S. 19 unten: „vorläufig .... ungelöstes Problem".
[1]) Siehe oben § 5.
[2]) Landsberg 246; Kissin 7.
[3]) Kissin 11.

fordern. Denn würde tatsächlich die Kausalität der Unterlassung erst aus ihrer Rechtspflichtwidrigkeit zu schließen sein, so könnte sich nicht umgekehrt diese Rechtspflichtwidrigkeit ihrerseits erst aus der Tatbestandsmäßigkeit ergeben. Es müßte vielmehr v o r der Feststellung der Kausalität die Uebertretung eines anderen „besonderen Rechtssatzes“[4]) nachgewiesen werden. So weist man darauf hin, daß in dem angeführten Beispiel die Mutter nach § 1601 BGB. zur Ernährung ihres Kindes verpflichtet war; daß der Schwimmlehrer, der den versinkenden Schüler nicht rettet, seine vertraglich übernommene Pflicht zur Hilfe in Notfällen nicht erfülle; daß der Bahnbeamte, der das Stellen der Weiche unterläßt, seine Amtspflicht verletzt und insofern das Zugunglück verursacht habe. Im Folgenden wird aber zu zeigen sein, daß eine derartige doppelte Rechtspflichtverletzung in vielen Fällen nicht nachweisbar ist, in denen gleichwohl eine Haftung für den nichtgehinderten Erfolg angenommen werden muß.

Oft wird sich eine besondere Rechtspflicht zum Handeln aus vertraglicher Uebernahme herleiten lassen. Aber bei genauerem Zusehen erkennt man, daß es für die Verantwortlichkeit des Unterlassenden für den Erfolg gar nicht darauf ankommt, ob durch die Abmachungen der Parteien eine genügende besondere Rechtspflicht zur Verhinderung des Erfolges zur Entstehung gelangt ist oder nicht.

Man denke etwa an den Fall, daß ein Schwimmlehrer sich einem Minderjährigen gegenüber zur Erteilung von Schwimmunterricht verpflichtet hat. Läßt er jetzt den Schüler ertrinken, so kann er sich doch unmöglich der Bestrafung dadurch entziehen, daß er auf die beschränkte Geschäftsfähigkeit seines Vertragsgegners hinweist. Soll die Kausalität des Nichtrettens für den Tod des Schülers und damit auch die Strafbarkeit des Lehrers etwa davon abhängig sein, daß der gesetzliche Vertreter des Ertrunkenen den Vertrag genehmigt? Das wäre ein unhaltbares Ergebnis. Man könnte einwenden, der gesetzliche Vertreter des Ertrunkenen werde hier in aller Regel zustimmen und darum der Schwimmlehrer praktisch stets strafbar sein. Aber wie soll man helfen, wenn der Schwimmlehrer geschäftsbeschränkt, z. B. wegen Trunksucht entmündigt ist[5]). Sein gesetzlicher Vertreter würde hier schwerlich seine Zustimmung zu dem Vertragsschlusse erklären. Und doch kann der Schwimmlehrer auch hier keinesfalls straflos ausgehen. —

---

[4]) Kissin 11.

[5]) Leonhard 178; vgl. auch Rydzek 34/35.

Wie kann weiter eine befriedigende Lösung gefunden werden bei vertraglicher Pflichtübernahme, wenn der Vertrag wegen Formmangels, Wuchers, Irrtumsanfechtung nichtig ist? Auf die Verantwortlichkeit für den Erfolgseintritt dürfen all diese Umstände doch keinen Einfluß gewinnen.

In eine andere Gruppe von Fällen gehört folgendes Beispiel. Es hat jemand durch Vertrag die Verpflichtung übernommen, einen Säugling für eine bestimmte Zeit in Pflege zu nehmen. Nach Ablauf der im Vertrage festgesetzten Zeit kümmert sich der Betreffende nicht mehr um das Kind, das, da es von dem Unterhaltspflichtigen nicht abgeholt wird, verhungert. Zweifellos ist hier derjenige, der die Pflege übernahm, wegen Tötung zu bestrafen[6]). Aber man kann nicht behaupten, daß er eine besondere Rechtspflicht zur weiteren Fürsorge verletzt habe. Aus dem Vertrage ist jedenfalls ein Fortdauern der Pflicht nicht zu entnehmen. Denn dieser war ja ausdrücklich nur für eine bestimmte Zeit abgeschlossen worden. Von Hippel will in diesem Fall durch Auslegung des Pflegevertrages nach Treu und Glauben helfen. Danach bestehe eine Rechtspflicht, das Kind nach Ablauf der Pflegezeit dem Unterhaltspflichtigen zurückzubringen[7]). Aber darauf, ob diese Auslegung des Vertrages möglich ist oder nicht, kann es gar nicht ankommen. Das Ergebnis muß zweifellos dasselbe sein, wenn im Vertrage ausdrücklich ausgemacht war, daß das Kind am letzten Tage der Pflegezeit vom Unterhaltspflichtigen abzuholen sei. Auch wenn die getroffenen Abmachungen für die Auslegung von Hippels keinen Raum geben, kann der Pflegeverpflichtete das Kind nicht nach Ablauf der Vertragsdauer straflos verhungern lassen.

Schwierigkeiten bereiten weiter die Fälle, in denen zwar eine Vertragspflicht zur Erfolgsabwendung übernommen ist, diese aber nicht dem Verletzten gegenüber besteht[8]). Ein Angestellter einer Privatbahn unterläßt z. B. das pflichtgemäße Stellen der Weiche, oder das warnende Läuten an einem ungeschützten und unübersichtlichen Bahnübergang. Infolgedessen kommen Personen zu Schaden. Hier besteht zwar eine Vertragspflicht zum Handeln, aber doch nur dem Bahnunternehmer, nicht auch dem Verletzten gegenüber. Aus dem Anstellungsvertrage könnte eine Gebundenheit des Angestellten gegenüber den Verletzten nur hergeleitet werden, wenn ein Vertrag zu Rechten Dritter vorläge. Von einem solchen kann aber

---

[6]) RGSt. 17, 261. Vgl. Mezger 143; Rydzek 35.
[7]) Von Hippel 167, insbes. Anm. 3.
[8]) Leonhard 177/78.

keine Rede sein[9]). Soll nun die nur dem Unternehmer gegenüber bestehende Vertragspflicht die Unterlassung des Angestellten auch als den Verletzten gegenüber rechtswidrig erscheinen lassen? Das wird man schwerlich behaupten können. Und doch kann kein Zweifel bestehen, daß der Bahnangestellte für die infolge seiner Nachlässigkeit eintretenden Schäden verantwortlich ist. Es ergibt sich, daß in all diesen Fällen eine genügende besondere Rechtspflicht zum Handeln jedenfalls nicht aus dem abgeschlossenen Vertrage hergeleitet werden kann.

Zahllos sind schließlich die Fälle, in denen der Abschluß eines Vertrages gar nicht in Frage steht, und auch eine anderweitig begründete besondere Rechtspflicht nicht aufzufinden ist, gleichwohl aber eine Verantwortlichkeit für den Erfolg vom Rechtsgefühl dringend gefordert wird. Sicherlich haben z. B. für den Erfolg einzustehen, der Kutscher, der einem Passanten nicht ausweicht[10]), der Hausbesitzer, der sein dunkles Treppenhaus nicht beleuchtet[11]), sowie derjenige, der schuldlos eine Person einschließt und sie, nachdem er dies bemerkt hat, nicht wieder befreit[12]). Wie aber will man eine besondere Rechtspflicht nachweisen, zum Ausweichen, zum Beleuchten oder zum Befreien?[13])

Eine weit verbreitete Ansicht erklärt, in all diesen Fällen gehe der Unterlassung eine Tätigkeit voraus, die das nachfolgende Nichthandeln pflichtwidrig erscheinen lasse[14]). Aber das ist recht unklar. Wie soll denn das vorausgegangene Tun als solches eine Rechtspflicht zum Handeln begründen?[15]). Sauer glaubt die Erklärung dafür durch Rückgehen auf einen allgemeinen materiellen Rechtswidrigkeitsbegriff zu finden. Bei den hier in Frage stehenden Vorhandlungen handele es sich stets um solche mit einer allgemeinen Tendenz zu einem rechtlich unerwünschten Erfolg. Diese Vorhandlungen seien darum materiell rechtswidrig und durch Fortbestehen der materiellen Rechtswidrigkeit werde auch die darauf folgende Unterlassung rechtswidrig[16]). Diese Beweisführung kann aber nicht überzeugen. Es ist schon verfehlt, wenn Sauer nur auf gefährliche, materiell rechtswidrige Vorhandlungen abstellt. Denn an einer

---

[9]) Leonhard a a O.

[10]) Frank § 1 IV, 1; Mezger 139; Traeger Probl. 97.

[11]) RGSt. 14, 362; JW. 1912, 142 [19]; von Hippel 164 Anm. 3, Mezger 143.

[12]) RGSt. 24, 339; Mezger 145; von Hippel 165 Anm. 5.

[13]) Vgl. Leonhard 177 78.

[14]) RGSt. 46, 343; 51, 12; 58, 246.

[15]) Liszt-Schmidt 180 Anm. 17; von Alberti 8.

[16]) Sauer, Kausalität 216.

solchen fehlt es häufig. Man denke etwa an die Nichtbeleuchtung der Treppe durch den Hausbesitzer. Als Vorhandlung käme hier wohl nur der Erwerb und die Inbesitznahme des Hauses in Betracht. Beide Tätigkeiten sind aber weder gefährlich noch rechtswidrig[17]). Weiter bleibt es unerfindlich, inwiefern bei Vorliegen einer gefährlichen Vorhandlung deren materielle Rechtswidrigkeit fortwirken und die folgende Unterlassung ergreifen kann.

Neuerdings glaubt man vielfach, für dieses Gebiet der Pflichtbegründung durch vorausgegangene Handlung zwei schärfer umrissene Sätze aufstellen zu können. Nach dem einen Satz soll die berechtigte oder unberechtigte Ausübung jeder Tätigkeit und jedes Wirkungskreises, der die rechtlich geschützten Interessen anderer berührt, dazu verpflichten, die nach den Regeln des Verkehrs erforderlichen Vorsichtsmaßregeln gegenüber möglichen Gefahren und Verletzungen zu treffen[18]). Aber auch die Begründung einer dahingehenden besonderen Rechtspflicht will nicht gelingen.

Kreß will in jedem Eingriff in einen fremden Interessenkreis eine Geschäftsführung ohne Auftrag sehen, und hält darum den Eingreifenden für verpflichtet, sein Verhalten diesem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Interessenträgers anzupassen, somit auch positive Schutzhandlungen vorzunehmen[19]). Aber damit erstreckt Kreß das Anwendungsgebiet der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag viel zu weit. Wer würde von einem Autofahrer sagen, er führe ein Geschäft der die Straße überquerenden Fußgänger? Das wäre doch ein ganz seltsamer Sprachgebrauch, der dem Gesetz ohne zwingenden Grund nicht untergeschoben werden darf. — Die Ansicht von Kreß müßte aber auch zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Einmal gelangt man von ihr ausgehend oft zur Bejahung der Rechtswidrigkeit und damit zum Bestehen einer Ersatzpflicht in Fällen, wo dies zweifellos verfehlt ist. Kreß müßte z. B. jeden Kaufmann, der einem anderen Unternehmen Konkurrenz macht, als dessen Geschäftsführer ansehen, denn ein Eingriff in einen fremden Interessenkreis liegt zweifellos vor. Und doch ist das Konkurrenzmachen nur unter ganz bestimmten Voraussetzungen rechtswidrig und genügende Grundlage einer Ersatzpflicht[20]). — Wäre die Ansicht von Kreß

---

[17]) Von Hippel 164 Anm. 2; gegen Sauer auch Liszt-Schmidt 180 Anm. 17.

[18]) Von Hippel 163/164; Mezger 143.

[19]) Kreß, Bes. Schuldr. 307.

[20]) Leonhard 178.

richtig, so müßte weiter der in einen fremden Interessenkreis Eingreifende das Verschulden seiner Gehilfen nach BGB. § 278 wie sein eigenes zu vertreten haben. Denn wäre z. B. ein Hausbesitzer als Geschäftsführer zum Beleuchten der Treppe verpflichtet, so bestünde für ihn eine Schuldpflicht, auf die § 278 BGB. Anwendung finden müßte. Das wäre aber sicherlich verfehlt. Wenn das Dienstmädchen, das vom Hausbesitzer mit dem Anzünden des Lichtes beauftragt war, dies unterläßt, so kann eine Haftung des Hausbesitzers für die Folgen nur nach § 831 BGB. in Frage kommen, d. h. er kann für seine Person den Entlastungsbeweis führen[21]). Anders nur, wenn ein Mieter des Hauses Schaden erlitt, denn diesem gegenüber besteht ja aus dem Mietvertrag eine Schuldpflicht des Vermieters. Führt die Ansicht von Kreß einerseits zu einer zu scharfen Haftung, so lassen sich auf der anderen Seite Fälle denken, in denen sie zu Unrecht zur Ablehnung der Verantwortlichkeit gelangen muß. Es ist dabei insbesondere auf die Unterlassungen nicht voll Geschäftsfähiger hinzuweisen[22]). Nach § 682 BGB. sollen diese zwar für eine schlechte Geschäftsführung nach den Vorschriften über unerlaubte Handlungen haften. Aber damit ist in unseren Fällen nicht geholfen. Denn nach den hier erörterten Ansichten kann sich ja gerade die Begehung eines Deliktes durch Unterlassung erst auf die Verletzung einer Rechtspflicht zum Handeln gründen. Eine derartige Rechtspflicht legt § 682 BGB. aber nicht auf[23]). Mit dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag läßt sich also eine befriedigende Lösung nicht erreichen.

Als gänzlich mißlungen sind die Versuche anzusehen, eine besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung aus § 276 BGB. herzuleiten. So behauptet Fromherz, daß die Anwendung der erforderlichen Sorgfalt im Verkehr durch § 276 BGB. als Rechtspflicht anerkannt sei[24]). Aber dem kann nicht zugestimmt werden. Denn § 276 sagt lediglich, daß der Schuldner die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt zu vertreten habe. Die Anwendung der Vorschrift setzt also voraus, was Fromherz erst beweisen will, daß nämlich in den hier erörterten Fällen eine besondere Rechtspflicht zum Handeln bestehe.

---

[21]) Planck § 823 2 b z; RGZ 113, 296, wo weitere Entscheidungen angeführt.
[22]) Leonhard 178.
[23]) Leonhard a. a. O.
[24]) Fromherz 38; vgl. auch von Hippel 164 Anm. 1.

In Ermangelung einer anderen brauchbaren Begründung wird vielfach behauptet, in den oben bezeichneten Fällen bestehe eine besondere Rechtspflicht zum Handeln kraft Gewohnheitsrechtes[25]). Tatsächlich wird auch eine Handlungspflicht in dem erwähnten Umfange fast allgemein in Lehre und Praxis anerkannt. Aber damit ist noch nicht der Beweis dafür erbracht, daß es sich um eine besondere Rechtspflicht zur Erfolgsabwendung handele. Das allein ist aber die entscheidende Frage. Die Theorien, die die Rechtswidrigkeit zur Voraussetzung der Kausalität der Unterlassung machen, müssen, wie bereits gezeigt, nachweisen, daß hier eine doppelte Normverletzung vorliegt. Ob dies Erfordernis gegeben ist, sagt uns das angebliche Gewohnheitsrecht nun gar nicht. Nach der m. E. richtigen Ansicht handelt es sich bei den in Frage stehenden Handlungspflichten gar nicht um besondere Rechtspflichten, sondern das Gebot zur Verhinderung des Erfolges stellt sich einfach als Konsequenz des Verbotes der Verursachung dar[26]). § 823 BGB. verbietet einen Menschen zu verletzen. Von diesem Verbot wird m. E. gleichermaßen die Verletzung durch positive Handlung wie durch Unterlassung getroffen. Aus dem Verbot, einen anderen zu verletzen, ergibt sich dann ohne weiteres das Gebot, bei Glatteis zu streuen, die Treppe zu beleuchten, mit dem Wagen auszuweichen, denn durch die Unterlassung dieser Handlungen würden Körperverletzungen verursacht werden. Die Lage ist m. E. genau dieselbe wie bei der Verursachung durch positive Handlung. Es ist verboten, einen Menschen zu töten, daraus ergibt sich die Pflicht, nicht auf einen Menschen zu schießen, denn dadurch würde der Tod verursacht werden. Niemand würde hier auf den Gedanken kommen, eine besondere Rechtspflicht zur Unterlassung der verursachenden Handlung anzunehmen.

Wenn schließlich vielfach die Ansicht vertreten wird, § 836 BGB. begründe nicht erst für den Hausbesitzer eine Pflicht zur Unterhaltung seines Gebäudes, sondern sei ein im Gesetz ausdrücklich erwähnter Anwendungsfall eines viel allgemeineren Satzes, der in gewissen Fällen eine Rechtspflicht zum Handeln auferlege[27]), so soll das nicht bestritten werden. Aber die entscheidende Frage ist auch hier wieder, ob diese in § 836 anerkannte Rechtspflicht zum Handeln eine besondere ist, oder ob sie sich bereits aus dem Verbot des § 823 I ergibt. Dar

---

[25]) Liszt Schmidt 180 Anm. 17; von Hippel 164 Anm. 1.
[26]) Insofern richtig von Hippel 154 Anm. 1.
[27]) Planck § 823 2 b; RGZ. 52, 377 ff.; 54, 58.

auf gibt § 836 keine Antwort. Auch hier ergibt sich m. E. die Pflicht zur Unterhaltung des Gebäudes einfach daraus, daß die Nichtunterhaltung Ursache für den eingetretenen Schaden ist, dessen Herbeiführung durch § 823 ¹ verboten ist. Es liegt also keine doppelte Normverletzung vor.

Es ergibt sich, daß in den Fällen der ersten Gruppe vorausgegangener Handlungen eine besondere Rechtspflicht zum Handeln nicht verletzt ist. Dasselbe gilt für die zweite Gruppe, für die von Hippel den Satz aufstellt: Wer, wenn auch schuldlos, durch aktives Handeln die Gefahr eines konkreten Erfolges erzeugt hat, ist verpflichtet, den Eintritt dieses Erfolges durch Handeln zu verhindern, wenn er dazu imstande ist[28]). Auch hier will die Ableitung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln nicht gelingen. Daß mit den §§ 677, 276 BGB. nicht zu helfen ist, wurde bereits gezeigt. Der Satz wird denn auch meist einfach als Gewohnheitsrecht hingestellt[29]). Aber das Bestehen eines dahingehenden Gewohnheitsrechtssatzes ist durchaus zu bestreiten. Es kann keine Rede davon sein, daß der Satz allgemein anerkannt sei. Von vielen namhaften Juristen wird vielmehr seine Richtigkeit geleugnet[30]) und diejenigen, die ihn grundsätzlich anerkennen, machen so weitgehende Einschränkungen, daß man sich fragen muß, wieweit überhaupt der Grundsatz bestehen bleibt. So bejaht Traeger die Rechtspflicht zum Handeln nur insoweit, als dies „vernünftigerweise .... verlangt werden kann“[31]). Von Hippel führt aus, die Rechtspflicht finde ihre Grenzen durch die kollidierenden berechtigten Interessen dessen, der die Vorhandlung beging[32]). Mezger will gar das Gewohnheitsrecht nur insoweit als bestehend anerkennen, „als eine sorgfältige Einzelabwägung ein wirklich unabweisbares Bedürfnis für dessen Vorhandensein ergibt“[33]). Die Tatsache, daß selbst die Verfechter dieses Satzes so allgemein gehaltene dehnbare Formulierungen wählen, beweist aufs deutlichste, auf wie schwachen Füßen der angebliche Rechtssatz steht. — Selbst wenn aber in diesen Fällen

---

28) RGSt. 64, 276 und dort angegebene weitere Entscheidungen; von Hippel 165; Mezger 145; Traeger, Probl. 104.

29) RGSt. 58, 132; Mezger 145/46; Traeger, Probl. 104.

30) Dagegen: Landsberg 189 ff., 193; Sturm (nach v. Hippel 165 Anm. 6); — zweifelnd: Finger 291/92 — nur bei schuldhafter Vortat: Leonhard 178; von Bar 267; Höpfner 115 ff. — einschränkend auch Liszt-Schmidt 180 Anm. 17; Frank § 1 IV, 2.

31) Traeger, Probl. 106.

32) Von Hippel 166/67.

33) Mezger 146; vgl. auch dessen weitere Ausführungen über den Inhalt der Pflicht S. 147.

eine Rechtspflicht zum Handeln bestünde, so würde sich daraus noch nicht ergeben, daß es sich um eine *besondere* Rechtspflicht handelt.

Betrachten wir zusammenfassend die Ergebnisse der §§ 2–7, so ergibt sich, daß weder die Rechtspflichtwidrigkeit begriffliches Merkmal der Unterlassung ist (§ 2), noch die Einbeziehung der Rechtswidrigkeit in das Verhältnis der Unterlassung zu ihrem Erfolg systematisch zu rechtfertigen ist (§§ 3, 4). Weiter zeigte sich, daß es rechtmäßige kausale Unterlassungen gibt (§ 5), und daß auch auf dem Gebiete rechtswidrigen Verhaltens die Kausalität der Unterlassung nicht von der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln abhängig gemacht werden kann, da oft trotz doppelter Normverletzung keine Haftung für den Erfolg eintritt (§ 6) und andererseits häufig Kausalität angenommen werden muß, obwohl eine doppelte Normverletzung nicht nachzuweisen ist (§ 7). Aus all dem ist zu folgern, daß die Theorien, die die Kausalität der Unterlassung von der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln[34]) abhängig machen, unhaltbar sind[35]).

§ 8.

Die Erkenntnis, daß die Verquickung von Rechtswidrigkeit und Kausalität der Unterlassung methodisch verfehlt[1]) ist, setzt sich neuerdings mehr und mehr durch. In Rechtsprechung und Lehre findet sich häufig eine ganz klare Scheidung beider Fra-

---

34) Nach Henle 217 ist eine Unterlassung kausal, wenn eine rechtliche *oder sittliche* Pflicht zum Tun bestand, welche der Unterlassende *selbst auf sich genommen* hatte. Daß dann die Mutter, die ihr infolge Notzucht empfangenes Kind verhungern läßt, straflos bleibe, sei auffallend, aber nicht unerträglich (??, anders Mezger 134; Traeger, Probl. 32). — Es gibt aber kausale Unterlassungen, die weder gegen eine rechtliche noch gegen eine sittliche Pflicht verstoßen, z. B. in den Fällen der §§ 254, 904 BGB. Weiter bleibt m. E. recht unklar, was unter dem „Aufsichnehmen" einer Pflicht zu verstehen ist (vgl. Klee 121). Dahin gehören wohl jedenfalls alle vertraglich übernommenen Pflichten. Gerade bei diesen ist aber häufig eine Verantwortung für den Erfolg mit dem Rechtsgefühl unvereinbar (s. § 6).

35) So im Ergebnis die wohl überwiegende Ansicht. Vgl. etwa Leonhard 176; Oertmann, Vorbem. zu §§ 249–254, 1 d (S. 58 oben); Henle 217; Binding 547 ff.; Kitzin 23/24.

1) Mayer 151,52: „Methodische Sünde allerersten Ranges". — Auch Sauer, Grundl. 449.

gen. So wenn das RG. in einer Entscheidung[2]) erklärt „Ursachenzusammenhang zwischen einer Unterlassung und dem rechtsverletzenden Erfolg liegt vor, wenn die Unterlassung nicht hinweggedacht — oder schärfer: wenn die unterlassene Handlung nicht hinzugedacht — werden könnte, ohne daß damit der eingetretene Erfolg entfiele“[3]) und dann selbständig die Rechtswidrigkeit prüft[4]). Oder wenn von Hippel die Kausalität der Unterlassung stets bejaht, wenn die Unterlassung adäquate Bedingung des Erfolges ist und erst danach die Frage der Rechtswidrigkeit untersucht[5]). Wie das RG. und von Hippel wollen die meisten, die scharf zwischen Kausalität und Rechtswidrigkeit scheiden, die Kausalität der Unterlassung genau wie die der positiven Handlung stets dann bejahen, wenn die Unterlassung conditio sine qua non oder adäquate Bedingung für den Erfolg ist. Den unhaltbaren Ergebnissen, die sich zeigen würden, wollte man jeden, der einen Erfolg nicht hinderte, genau so verantwortlich machen, wie den, der den Erfolg durch Handlung verursachte[6]), versuchen die Vertreter dieser Ansicht meist dadurch zu entgehen, daß sie Verantwortlichkeit nur eintreten lassen, wenn eine besondere Rechtspflicht zum Handeln verletzt wurde. Das Erfordernis der Uebertretung einer besonderen Rechtspflicht neben dem der Kausalität der Unterlassung wird meist aufgestellt unter Hinweis auf den Satz: Eine Unterlassung müsse, um bestraft zu werden bzw. um zivilrechtliche Haftung[7]) zu begründen, rechtswidrig sein. Rechtswidrig sei die Unterlassung aber nur, wenn sie gegen eine besondere Rechtspflicht zum Handeln verstoße[8]). Für diesen Satz wird aber nirgends eine stichhaltige Begründung gegeben.

Kohlrausch argumentiert so: Eine tatbestandsmäßige[9]) Handlung sei stets rechtswidrig, wenn nicht eine besondere Befugnis zu ihrer Vornahme bestehe. Auch die Unterlassung sei nur rechtswidrig, wenn sie nicht erlaubt sei, d. h. nur dann, wenn positives Handeln rechtlich geboten war[10]). Diese Aus-

---

[2]) RGSt. 63, 393.

[3]) a.a.O. 394; zustimmend Mezger 136 Anm. 22.

[4]) Ganz scharfe Scheidung beider Erfordernisse auch RGSt. 58, 131; 64, 275; 66, 72.

[5]) Von Hippel 160 61; auch Oertmann vor § 249 4 d; Sauer 206, 210 ff.

[6]) Vgl. darüber § 1.

[7]) Das paßt natürlich nur für rechtswidrige Verursachung, anders z. B. § 904 BGB. Trotzdem ganz allgemein Enneccerus II, 73.

[8]) Z. B. Fromherz 37.

[9]) Das heißt im Sinne des Strafrechts.

[10]) Kohlrausch vor § 1, I, 3.

führungen können aber nicht überzeugen. Kohlrausch versucht die Sache so darzustellen, als fordere er für die Rechtswidrigkeit beider Verhaltensweisen genau dasselbe, nämlich Unerlaubtheit. In Wahrheit steckt aber hinter dieser Unerlaubtheit in beiden Fällen etwas ganz verschiedenes. Bei der tatbestandsmäßigen Handlung einfach das Nichtvorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe, bei der tatbestandsmäßigen Unterlassung dagegen die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln. Warum soll denn eine tatbestandsmäßige Handlung schon mangels einer besonderen Erlaubnis rechtswidrig sein, eine tatbestandsmäßige Unterlassung aber nur, wenn zu der Tatbestandsmäßigkeit noch die Verletzung einer besonderen Rechtspflicht hinzukommt? Warum soll die Rechtswidrigkeit bei positiven Handlungen sich aus der Tatbestandsmäßigkeit ergeben, bei Unterlassungen aber einer Begründung durch besonderen Rechtssatz bedürfen?[11]). Den Beweis für die Behauptung, daß eine tatbestandsmäßige Unterlassung unter ganz anderen Voraussetzungen rechtswidrig sei als eine tatbestandsmäßige Handlung, bleibt Kohlrausch schuldig.

Frank[12]) sucht die abweichende Behandlung der Unterlassung zu rechtfertigen durch den Satz, die gegen die Verursachung durch positive Handlung gerichteten Strafdrohungen sprächen nur deren V e r b o t aus, nicht zugleich das Gebot, Erfolge dieser Art durch Tätigkeit abzuwenden. Dies Gebot und damit die Rechtswidrigkeit tatbestandsmäßiger Unterlassungen bedürfe stets einer besonderen Begründung. Denselben Gedanken bringen auch andere zum Ausdruck, indem sie ausführen, bei den unechten Unterlassungsdelikten bestehe nicht die die Rechtswidrigkeit „indizierende Funktion" der Tatbestandsmäßigkeit[13]), oder: aus den speziellen Tatbeständen ergebe sich nur, was einer nicht tun soll, nicht auch, was er tun soll[14]). — All dies ist aber ganz unbegründet. In den Erfolgsdelikten ist die Art des verbotenen Verhaltens nur dadurch gekennzeichnet, daß es Ursache des im Tatbestande genannten Erfolges ist. Erkennt man nun an, daß auch Unterlassungen einen Erfolg verursachen können[15]), so ist es nicht mehr möglich zu behaupten, das in den Strafdrohungen der Erfolgsdelikte liegende Verbot richte sich nur gegen positive Verhaltensweisen[16]). Mit der Fest

[11]) Redslob 24; Kissin 48.
[12]) Frank § 1, IV (S. 17 Abs. 3); RGSt. 58, 245.
[13]) Liszt-Schmidt 179; RGSt. 63; 394.
[14]) Mayer 190.
[15]) Wie dies Frank § 1 IV; Liszt-Schmidt 165/66; Mayer 149 tun.
[16]) Kissin 49.

stellung, daß der Tod eines Menschen oder die Beschädigung einer Sache auch durch Unterlassung verursacht werden können, ergibt sich, daß die in den §§ 211, 303 StGB. liegenden Verbote sich unter Umständen auch gegen Unterlassungen richten können; nämlich gegen solche Unterlassungen, die den Erfolg verursachen würden. Die Tatbestandsmäßigkeit eines Verhaltens ist Indiz für seine Rechtswidrigkeit, ganz gleichgültig, ob positive Handlungen oder Unterlassungen in Frage stehen.

Die Unrichtigkeit der Theorien, die die Verantwortlichkeit für rechtswidrige kausale Unterlassungen von der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht abhängig machen, ergibt sich aber nicht nur aus dem Mangel einer befriedigenden Begründung, sondern auch aus der Unhaltbarkeit ihrer Ergebnisse. Da auch diese Theorien eine doppelte Normverletzung verlangen, unterliegen sie den bereits oben in den §§ 6, 7 aufgezeigten Einwendungen. Es wurde dort bereits gezeigt, daß oft Haftung für rechtswidrige Verursachung durch Unterlassung angenommen werden muß, obwohl keine doppelte Normverletzung vorliegt — und daß andererseits häufig trotz Vorliegens eines (nach der Bedingungs- bezw. Adäquanztheorie) kausalen Verhaltens und der Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln keine Verantwortlichkeit für den Erfolg besteht.

§ 9.

Die bisher erörterten Theorien stimmen untereinander insoweit überein, als sie eine doppelte Normverletzung fordern, wo Verantwortlichkeit für rechtswidrige Verursachung durch Unterlassung in Frage steht. Die vorstehenden Ausführungen haben ergeben, daß sich dies Erfordernis nicht halten läßt. Es genügt also auch bei den unechten Unterlassungsdelikten eine einfache Normübertretung, nämlich die Verletzung des Gesetzes, das die Verursachung des Erfolges verbietet. Will man angesichts dieses Ergebnisses die Bedingungs- oder die Adäquanztheorie doch auf Unterlassungen anwenden, so muß eine allzuweite Ausdehnung der Verantwortlichkeit auf andere Weise ausgeschlossen werden. Dies zu erreichen, versucht neuerdings Kissin.

Als Anhänger der Adäquanztheorie erklärt Kissin, eine Unterlassung sei dann Ursache eines Erfolges, wenn sie unter den gegebenen Verhältnissen und bei dem zu erwartenden weiteren Verlauf der Ereignisse den Eintritt des Erfolges objektiv

voraussehbar gemacht habe[1]). Es führe aber zu weit, wollte man jede danach (z. B. für den Tod eines Menschen) kausale Unterlassung bei Vorliegen von Schuld und Fehlen von Rechtfertigungsgründen bestrafen[2]), denn das in der ausnahmslosen Bestrafung derartiger Unterlassungen liegende Gebot zu allgemeiner Nächstenhilfe müsse unerträgliche Wirkungen für die Gemeinschaft nach sich ziehen[3]). Zu einer befriedigenden Beschränkung der Verantwortlichkeit für kausale Unterlassungen gelange man nur durch Rückgehen auf die Rechtsidee. Ein Rechtssatz sei nur dann richtiges Recht, wenn er der staatlichen Gemeinschaft mehr nütze als schade[4]). Das treffe aber für ein Gebot zu allgemeiner Nächstenhilfe nicht zu. Die gesetzlich auferlegte Verpflichtung, bei jeder sich bietenden Gelegenheit zum Wohl der Mitmenschen tätig zu werden, würde eine geradezu unerträgliche Freiheitsbeschränkung bedeuten. Der darin liegende Nachteil würde durch die Vorteile eines derartigen Gebotes nicht aufgewogen werden[5]). Die Bestrafung einer Unterlassung stehe — wegen des in ihr liegenden Gebotes zur Erfolgsabwendung — nur dann im Einklang mit der Rechtsidee, wenn eine von folgenden zwei Voraussetzungen erfüllt sei:

1. Entweder müsse der Nutzen des Gebotes so groß sein, daß er den in dem Eingriff in die Handlungsfreiheit liegenden Schaden übertreffe. D. h. der Schaden, den das Gebot abwendet, müsse größer sein als der, den die Einschränkung der Handlungsfreiheit darstellt[6]). Die Richtigkeit eines Gebotes zur Erfolgshinderung könne sich also einmal daraus ergeben, daß ein besonders wertvolles Rechtsgut, z. B. ein Menschenleben in Gefahr steht[7]).

2. Oder die Einschränkung der Handlungsfreiheit dürfe im konkreten Fall nicht stärker sein als bei der gewöhnlichen Verbotsnorm[8]). Ein allgemeines Verbot, gewisse schädliche Erfolge durch positive Handlung zu verursachen, verpflichte den Einzelnen nur zu einem Verhalten, das die Gemeinschaft nicht schlechter stellt, als sie ohne die Existenz des Verpflichteten

---

[1]) Kissin 36.
[2]) Vgl. oben § 1.
[3]) Kissin 43/44.
[4]) Kissin 84.
[5]) Kissin 95.
[6]) Kissin 99.
[7]) Kissin 99 100.
[8]) Kissin 99.

stände. Ein allgemeines Gebot, dieselben schädlichen Erfolge abzuwenden, greife insofern tiefer in die Handlungsfreiheit ein, als es den Einzelnen oft zu einem Verhalten verpflichte, aus dem der Gemeinschaft ein Vorteil erwächst, der nicht entstanden wäre, wenn der Betreffende nicht in der Gemeinschaft lebte. Soweit dürfe aber die Rechtsordnung, ohne ihren eigenen Zwecken untreu zu werden, nicht gehen. Dem einzelnen Gemeinschaftsgliede dürfe nur ein Verhalten anbefohlen werden, das im Endergebnis für die Allgemeinheit keinen Schaden verursache, der bei Nichtexistenz dieses Mitgliedes ausgeblieben wäre. Eine Verpflichtung zur Erfolgsabwehr könne also von einem richtigen Rechtssatz nur dem auferlegt werden, von dessen Dasein der zu befürchtende Erfolg im Falle seines Eintritts in irgend einer Weise abhängig sein würde[9]). Diese Abhängigkeit ist nach Kissin gegeben: a) wenn jemand die einem Rechtsgut drohende Gefahr selbst hervorgerufen hat[10]), b) wenn jemand im gesellschaftlichen Organismus eine Funktion ausübt, auf deren Wahrnehmung die Gemeinschaft rechnet und ihre eigene Tätigkeit danach einrichtet[11]).

In allen anderen als den unter 1. und 2. genannten Fällen ist nach Kissin ein Gebot zur Nächstenhilfe und damit eine Bestrafung der entsprechenden Unterlassung mit dem richtigen Recht unvereinbar. Da nun anzunehmen sei, daß der Gesetzgeber richtiges Recht habe schaffen wollen[12]), müsse man die strafrechtlichen Tatbestände in der Weise einschränkend interpretieren, daß sich ein Gebot zur Abwendung des Erfolges nur in den Fällen ergibt, in denen das Gebot im Einklang mit der Rechtsidee steht[13]). Kissin glaubt darum die Strafbarkeit der Kommissivdelikte durch Unterlassung an die oben unter 1. und 2. genannten Voraussetzungen knüpfen zu können.

Ein genaueres Eingehen auf die Ausführungen Kissins würde hier zu weit führen. Es mag genügen, auf die wichtigsten Bedenken hinzuweisen, die Kissins Auffassung entgegenstehen.

Die ganze Beweisführung Kissins wird getragen von dem Gedanken, daß der einzige Fehler einer gleichmäßigen Anwendung der strafrechtlichen Tatbestände auf adäquate Handlungen und Unterlassungen in der damit eintretenden zu star-

---

[9]) Kissin 101/02.
[10]) Kissin 102.
[11]) Kissin 107 ff.
[12]) Kissin 72.
[13]) Kissin 88/89.

ken **Einengung der Handlungsfreiheit durch das Gebot zum Handeln** liege, daß also eine gleichmäßige Bestrafung von adäquater Handlung und Unterlassung überall da einzutreten habe, wo das Gebot zum Handeln gerechtfertigt ist[14]). Aber dieser Grundgedanke ist sicherlich falsch. Seine konsequente Durchführung muß häufig zu unhaltbaren Ergebnissen führen.

Sicherlich würde ein Gebot zur Nächstenhilfe der Allgemeinheit mehr nützen als schaden bei Vorliegen gemeiner Gefahr oder Not. Wer in derartigen Fällen die Abwendung des Todes von Personen oder der Beschädigung von Sachen unterläßt, müßte nach Kissins Ansicht den Tatbestand der Tötung oder der Sachbeschädigung erfüllen. Denn sein Verhalten wäre adäquate Bedingung für die betreffenden Erfolge, auch wäre das Gebot zum Helfen hier mit der Rechtsidee vereinbar, also eine restriktive Interpretation der Tatbestände nicht erforderlich. Der Unterlassende müßte also hier wegen Tötung oder Sachbeschädigung bestraft werden, womit sich für ihn eine Pflicht zum helfenden Eingreifen ergäbe. Im Gegensatz dazu zeigt aber § 360 [10] StGB., daß eine Rechtspflicht zum Helfen nicht ohne weiteres, sondern erst nach behördlicher Aufforderung besteht[15]), und daß das Untätigbleiben selbst nach dieser Aufforderung nicht für die nichtgehinderten Erfolge verantwortlich macht.

Kissin müßte weiter zu dem Ergebnis gelangen, daß bei Bestehen einer **besonderen** Rechtspflicht zum Handeln (z. B. kraft Vertrages oder § 139 StGB.) jede den Erfolg adäquat bedingende Unterlassung gleich der Verursachung des Erfolges durch positive Handlung zu bestrafen sei. Denn da bei Vorhandensein einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln der **Eingriff in die Handlungsfreiheit ohnehin** besteht, nicht erst durch das Strafgesetz bewirkt wird, kann hier die Frage, ob in der Bestrafung der Unterlassung eine ungerechtfertigte Beschränkung der Handlungsfreiheit liege, gar nicht auftauchen. Es könnte sich mithin bei Bestehen einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln auch nicht die Notwendigkeit zur einschränkenden Interpretation der strafrechtlichen Tatbestände ergeben. Die Auffassung, daß der Unterlassende bei Verletzung einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln **stets** für den nichtgehinderten Erfolg verant-

---

[14]) Diese Auffassung Kissins zeigt sich besonders deutlich auf S. 88 89, S. 103 Mitte.
[15]) Von Hippel 157.

wortlich sei, wurde aber bereits oben (§ 6) als unhaltbar nachgewiesen[16]).

Selbst wenn man von der Fehlerhaftigkeit des Grundgedankens absieht, ist aber noch Kissins weitere Beweisführung unhaltbar. Aus der Formel: Ein Rechtssatz sei richtiges Recht, wenn er der Gemeinschaft mehr nützt als schadet, läßt sich nämlich die Richtigkeit des Gebotes zum Handeln nur für die oben unter 1. genannten Fälle ableiten, d. h. für die Fälle, wo der Nutzen des Gebotes den in der Einschränkung der Handlungsfreiheit liegenden Nachteil überwiegt. Gerade mit dieser Feststellung ist aber recht wenig gewonnen. Denn die Frage, ob bei dieser oder jener Gefahr die Vorteile eines Hilfsgebotes den Nachteil der Beschränkung der Handlungsfreiheit aufwiegen, wird sich nur selten mit einiger Sicherheit beantworten lassen. In den Fällen aber, in denen eine derartige Abwägung möglich ist, z. B. bei gemeiner Gefahr oder Not, würde Kissins Ansicht, wie bereits gezeigt, oft zu falschen Ergebnissen führen. — Daß ein Gebot zum Handeln auch da gerechtfertigt sei, wo die Einschränkung der Handlungsfreiheit nicht größer wäre als beim Verbot der Verursachung durch positive Handlung (oben unter 2.), läßt sich aus dem Satze Kissins, daß ein richtiges Gesetz mehr nützen als schaden müsse, gar nicht ableiten. Man könnte höchstens behaupten, das Gesetz halte offenbar einen so tiefen Eingriff, wie ihn das Verbot den Erfolg zu bewirken darstellt, für gerechtfertigt, und diese Abwägung müsse auch auf diejenigen Unterlassungen angewendet werden, bei denen das Verhältnis zwischen Nachteil des Eingriffes und Vorteil des Gebotes dasselbe sei. Aber wie dem auch sei, verfehlt ist es jedenfalls, wenn Kissin erklärt, der Eingriff in die Handlungsfreiheit sei beim Gebot zur Verhinderung eines vom Verpflichteten abhängigen Erfolges gleich groß wie beim Verbot der Herbeiführung des Erfolges durch positive Handlung. Führt doch Kissin in anderem Zusammenhang selbst zutreffend aus, ein Gebot greife darum tiefer als ein Verbot in die Handlungsfreiheit ein, weil „die Verhaltensformen, die der Gebotsnorm entsprechen, weit weniger zahlreich sind, als diejenigen,

---

[16]) Kissin 99 meint, bei echten Unterlassungsdelikten werde nicht ausdrücklich die Abwendung des Erfolges verlangt. Vgl. darüber oben § 6. Mindestens ist aber, was Kissin 99 selbst zugibt, der Eingriff in die Handlungsfreiheit ebenso tief, wie bei einer Norm, die die Verursachung des Erfolges durch Nichttun verbietet. Wie wollte man trotzdem die einschränkende Auslegung der Erfolgstatbestände rechtfertigen?

die der Gehorsam gegen die Verbotsnorm zuläßt"[17]). Stimmen auch das Gebot zur Verhinderung des vom Dasein des Verpflichteten abhängigen Erfolges und das Verbot zur Bewirkung des Erfolges insoweit überein, als in beiden Fällen der Verpflichtete nur dafür zu sorgen hat, daß der Allgemeinheit aus seinem Dasein kein Schaden erwächst, — der Unterschied, daß das Gebot viel genauere Verhaltensvorschriften gibt als das Verbot, bleibt bestehen. In Wahrheit greift also das Gebot zum Handeln auch in den von Kissin unter 2. genannten Fällen tiefer in die Handlungsfreiheit ein, als ein entsprechendes Verbot. Es dürfte mithin gerade nach Kissins Ansicht in diesen Fällen keine Verantwortlichkeit für den nichtgehinderten Erfolg bestehen. Aus all dem ergibt sich, daß die Ansicht von Kissin nicht zu halten ist.

§ 10.

Alle Versuche, mit der Bedingungs- und der Adäquanztheorie auch auf dem Gebiete der Unterlassungen zu befriedigenden Ergebnissen zu gelangen, sind damit als mißlungen anzusehen. Wollte man eine Unterlassung stets dann als Ursache eines Erfolges anerkennen, wenn sie conditio sine qua non oder adäquate Bedingung des Erfolges ist und wollte man die danach kausale Unterlassung genau so behandeln, wie eine für denselben Erfolg kausale Handlung, so würde man zu einer zu weiten Ausdehnung der Haftbarkeit gelangen. Andererseits sind alle Bemühungen, die Verantwortlichkeit für rechtswidrige kausale Unterlassungen an weitere besondere Erfordernisse zu knüpfen und damit eine Beschränkung der Haftung zu erreichen, gescheitert. Die Aufstellung solcher besonderer Erfordernisse erwies sich als systematisch unhaltbar und war überdies nicht in der Lage, unerträgliche Ergebnisse zu vermeiden.

Die Tatsache, daß die herrschenden Kausalitätstheorien jedem Versuch, sie in befriedigender Weise auf Unterlassungen anzuwenden, widerstehen, beweist, daß ihnen eine falsche Vorstellung vom Wesen der Kausalität zugrunde liegen muß. Denn da die Art des ursächlichen Zusammenhanges zwischen Handlung und Erfolg einerseits und zwischen Unterlassung und Erfolg andererseits genau dieselbe ist[1]), müßte eine Kausalitätstheorie,

---

[17]) Kissin 93.

[1]) Vgl. oben § 4 am Ende.

die das Wesen dieser Verknüpfung richtig erkennt, auf Handlungen und Unterlassungen gleichermaßen anwendbar sein. Nimmt man hinzu, daß auch auf dem Gebiet der Verursachung durch positive Handlung die Bedingungs- und die Adäquanztheorie bei gewissen Gruppen von Fallgestaltungen versagen[2]), so ergibt sich aufs Deutlichste, daß beide Theorien nur häufige Begleiterscheinungen der Kausalbeziehung als deren Wesen ansehen[3]) und darum in besonders gelagerten Fällen nicht ausreichen können.

Eine Lösung des Problems kann nur gefunden werden durch richtige Erfassung des Wesens der Kausalität. Es kann hier an die Ausführungen weiter oben angeknüpft werden, die die Kausalverknüpfung als Form unseres Denkens erkannten. Oben wurde bereits festgestellt, daß wir diese Denkform jedenfalls auch da anwenden, wo wir keine Kraftwirkung wahrzunehmen glauben. Hier ist positiv zu fragen, unter welchen Voraussetzungen die Denkform der Kausalität zur Anwendung gelangt, d. h., wann wir das antecedens eines Erfolges als dessen Ursache ansehen. Die richtige Antwort auf diese Frage heißt: Wenn das antecedens den Erfolg e r k l ä r t[4]). Hören wir[5]), daß jemand gestorben ist, und fragen wir nach der Ursache des Todes, so ist uns nicht mit der Antwort gedient, der Großvater des Toten habe Kinder gehabt. Wir haben damit zwar Kenntnis von einer conditio sine qua non des Erfolges zu erhalten, doch ist die Frage nach der Ursache des Todes offen gelassen[6]). Auf die Beziehung zwischen der Existenz des Sohnes und dem Tod des Enkels wenden wir die Denkform der Kausalität nicht an. — Wird uns auf die Frage nach der Ursache des Todes geantwortet, der jetzt Tote sei durch ein Versehen bei einer Treibjagd angeschossen worden, so werden wir zunächst mit der Antwort zufrieden sein und glauben, die Ursache des Todes zu wissen. Erfahren wir aber dann, daß der Verletzte sofort von einem Arzt verbunden, auf dem Wege ins Krankenhaus aber vom Blitz erschlagen wurde, so werden wir eines Besseren belehrt. Obwohl die Schußverletzung con-

---

[2]) Gegen die Lehre von der conditio s. q. n., auch als Mindesterfordernis der Adäquanztheorie Leonhard 143 ff.; Engisch 7 ff., insbes. 16/17; Köhler 188 ff.... Gegen die verschiedenen Formen der Adäquanztheorie Leonhard 154 ff.

[3]) Engisch 17 18; Leonhard 161.

[4]) Leonhard 162; E. Jung 735.

[5]) Vgl. zum Folgenden: Leonhard 162.

[6]) Leonhard 147/48.

ditio sine qua non für den Erfolg und auch generell geeignet war, den Tod herbeizuführen, also adäquate Bedingung des Erfolges war, wenden wir doch die Denkform der Kausalität auch auf diese Beziehung nicht an[7]). Als Ursache des Todes betrachten wir aber den Blitzschlag, denn mit ihm erfahren wir von einem Umstand, der uns den Erfolg erklärt.

Haben wir damit das Wesen der Ursache darin gefunden, daß sie uns die Erklärung für den Eintritt eines Erfolges liefert, so fragt es sich, ob sich noch weiter sagen läßt, unter welchen Voraussetzungen ein Umstand als Erklärung des Erfolges dient. Meines Erachtens läßt sich auf diese Frage eine nähere Antwort nicht geben. Ob wir einen Erfolg als durch einen vorausgehenden Umstand erklärt ansehen oder nicht, das ist eine Frage der praktischen Lebensauffassung, die sich einfach nicht in starre Formeln einpressen läßt. Den Begriff des „Erklärens" weiter zerlegen zu wollen, ist m. E. genau so aussichtslos, wie der Versuch, eine allgemeingültige Formulierung zu finden für das, was Treu und Glauben gebietet (§ 242 BGB.) oder was eine Menschenmenge ist (§ 125 StGB.). Ob wir die Denkform der Kausalität im Einzelfalle anwenden oder nicht, ist eben unabhängig vom Vorliegen oder Nichtvorliegen der Erfordernisse eines scharf abgegrenzten Satzes. Lediglich die praktische Lebensauffassung ist dafür ausschlaggebend, ob wir in einem Umstand die Erklärung für den anderen sehen oder nicht.

Immerhin ist es möglich, einige größere Gruppen von Fällen herauszuheben, in denen Unterlassungen Erfolge verursachen. Es ist hier vor allem an die Fälle zu denken, in denen die Gemeinschaft darauf „baut"[8]), daß einzelne ihrer Mitglieder bestimmte Aufgaben übernehmen, deren Erfüllung Voraussetzung für ein ungestörtes Funktionieren des sozialen Organismus ist. Unterläßt in derartigen Fällen die Gemeinschaft im Vertrauen auf das Tätigwerden dieser Einzelnen anderweitige Maßnahmen, so ist der Betreffende auf einen Posten gestellt[9]) und seine Untätigkeit wird meist den Erfolg erklären. Es kann eine besondere Rechtspflicht zur Erfüllung dieser Aufgaben bestehen. Man denke etwa an die Amtspflicht des Leuchtturmwärters, des Fleischbeschauers oder an die Unterhaltspflicht der Eltern. Würde sich die Gemeinschaft nicht

---

[7]) Leonhard 168 ff.

[8]) Kohler, Studien 46.

[9]) Kohler, Studien 46; Mezger 142; Traeger, Probl. 75.

darauf verlassen, daß diese Personen ihrer Rechtspflicht gewissenhaft nachkommen, so würde sie dafür sorgen müssen, daß die betreffenden Aufgaben durch andere Zuverlässigere erfüllt werden. Da die Gesellschaft aber auf das Tätigwerden dieser Verpflichteten „baut", unterläßt sie anderweitige Vorkehrungen. Versagt hier der auf den Posten Gestellte, so ist dadurch der Eintritt des von ihm abzuwendenden Erfolges erklärt.

Aber nicht überall, wo eine besondere Rechtspflicht zum Tätigwerden besteht, erklärt uns die Untätigkeit den Eintritt des Erfolges. Als Beispiel mag die Verletzung der durch § 139 StGB. auferlegten Rechtspflicht zur Anzeige gewisser schwerer Verbrechen dienen. Hier erwartet die Gemeinschaft zwar, daß Anzeige erstattet wird, wenn jemand von dem Vorhaben eines derartigen Verbrechens hört. Aber es kann nicht damit gerechnet werden, daß jemand von dem Vorhaben Kenntnis erhält. Darum kann auch das System gesellschaftlicher Fürsorge seinen Kalkül nicht darauf bauen[10]). Das Bestehen der Anzeigepflicht überhebt den Staat nicht der Notwendigkeit, anderweitige Vorkehrungen gegen die Begehung von Verbrechen zu treffen. Erfolgt eine Anzeige über das Vorhaben eines Mordes, so erfährt dadurch die Allgemeinheit eine unvorhergesehene Förderung, unterbleibt sie aber, so wird niemand die Erklärung für den Tod des Ermordeten in der Nichterstattung der Anzeige suchen.

Andererseits kann eine Unterlassung den Eintritt eines Erfolges auch erklären, wenn keine besondere Rechtspflicht zum Handeln bestand. Die Gemeinschaft erwartet nicht nur, daß der Einzelne die ihm besonders auferlegten Rechtspflichten erfüllt, sondern auch, daß er sich so verhält, wie es den allgemeinen Lebensregeln entspricht. Auch im Vertrauen darauf, daß dies geschehe, richtet die Gemeinschaft vielfach ihr Verhalten ein. Könnte man nicht als selbstverständlich voraussetzen, daß der Autofahrer dem die Straße überquerenden Passanten ausweicht, daß jedermann seine gefährliche, andern Menschen zugängliche Grube verwahrt usw., so würde sich die Gemeinschaft anders verhalten müssen. Nur weil darauf „gebaut" wird, daß jeder hier selbst die schädlichen Erfolge nach Kräften abwenden wird, wird hier nicht die gefährliche Tätigkeit verboten oder die Anwendung besonderer Vorsichtsmaßregeln ausdrücklich geboten[11]). Auch hier verläßt man sich auf das Tätigwerden

---

[10]) Kohler, Studien 48.

[11]) Kissin 107/08.

des Einzelnen und unterläßt darum anderweitige Schutzmaßnahmen. Darum kann auch ohne Bestehen einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln eine Unterlassung als Ursache des Erfolges erscheinen. Wenn derjenige, auf dessen Eingreifen gebaut wird, versagt, ist auch hier der Erfolg erklärt.

Aber auch in vielen Fällen, in denen die Gemeinschaft ihr Verhalten nicht im Vertrauen auf das Eingreifen des Unterlassenden einrichtete, lassen die allgemeinen Lebensregeln ein Tätigwerden bestimmter einzelner Personen so gewiß erwarten, daß ihre Untätigkeit genügt, den Erfolg zu erklären. Häufig wird dies insbesondere zutreffen, wenn der Unterlassende selbst, wenn auch schuldlos, die Gefahr für den Eintritt des Erfolges gesetzt hat und dann der Verwirklichung desselben nicht entgegentritt. Gerade von dem, der dem Lauf der Dinge die Richtung auf den schädlichen Erfolg gab, ist vielfach nach den allgemeinen Lebensregeln auch die Abwendung des Erfolges zu erwarten. Es kommt freilich gerade hier sehr auf die Lage des Einzelfalles an. Wenn z. B.[12]) Arbeiter auf einem fremden Grundstück eine Grube ausgehoben haben, so rechnet das Leben nicht damit, daß sie, solange die Grube besteht, für deren Verwahrung sorgen. Wird, vielleicht Jahrzehnte nach Anlage der Grube, deren Verwahrung schadhaft, so erwartet das Leben nicht, daß die Bauarbeiter wieder erscheinen und den Schaden ausbessern (auch nicht, wenn sie von der Schadhaftigkeit erfahren haben). Stürzt ein Mensch in die Grube, so wird es niemand einfallen, die Erklärung dafür in der Untätigkeit der Arbeiter zu suchen, die die Grube vor Jahren ausgehoben haben. Anders aber, wenn ein Autofahrer jemanden überfährt und ihn dann hilflos auf der Straße liegen läßt[13]). Oder wenn jemand einen anderen versehentlich einschließt und ihn, nachdem er es bemerkt hat, nicht wieder befreit[14]). In beiden Fällen war helfendes Eingreifen gerade des Fahrers bzw. des Einschließenden so bestimmt zu erwarten, daß ihre Untätigkeit den Tod bzw. die Freiheitsbeschränkung zu erklären geeignet ist.

Wendet man den richtigen Kausalitätsbegriff auf praktische Rechtsfälle an, so gelangt man zu befriedigenden Ergebnissen, ohne daß es nötig wäre, für die Fälle der Verursachung durch Unterlassung irgendwelche besonderen Erfordernisse aufzustel-

---

[12]) Leonhard 178.

[13]) Traeger, Probl. 74, 98 ff.

[14]) RGSt. 24, 339; von Hippel 165 Anm. 5.

len. Ist der Nichtschwimmer A. ins Wasser gefallen, und B., der zufällig vorbeigeht, bringt ihm keine Hilfe, sodaß A. ertrinkt, so muß eine konsequente Anwendung der Bedingungs- oder Adäquanztheorie zu dem Ergebnis gelangen, daß B. den A. getötet hat. Alle Versuche, in befriedigender Weise zu erklären, warum B. gleichwohl, auch wenn er den Tod voraussah und hätte helfen könnnen, nicht wegen Tötung bestraft wird, sind, wie gezeigt, mißlungen. Von unserem Standpunkt aus ist die Lösung sehr einfach. Die Unterlassung des B. ist gar nicht ursächlich für den Tod des A. Denn wer würde die Erklärung für den Tod des A. in dem Nichteingreifen des zufällig vorbeikommenden, dem A. ganz fernstehenden B. suchen?

Geht man von der richtigen Auffassung der Kausalität aus, so ist es also nicht mehr nötig, die Kausalität der Unterlassung vom Vorliegen besonderer, für die Kausalität der Handlungen nicht nötiger Erfordernisse abhängig zu machen oder zu behaupten, daß bei Erfüllung eines Delikttatbestandes durch Unterlassung die Rechtswidrigkeit der Unterlassung noch einer besonderen Begründung bedürfe. Sieht man als kausal nur die Unterlassungen an, die den Erfolg erklären, so wird der Kreis derer, die einen Erfolg verursacht haben, viel enger gezogen als von der Bedingungs- oder Adäquanztheorie. Es ist dann nicht mehr jeder Täter eines Erfolgsdeliktes, dessen Eingreifen den Erfolg (nach dem wahrscheinlichen Verlauf) gehindert haben würde. Aus dieser Einengung des Täterkreises ergibt sich die von den anderen Theorien vergeblich gesuchte Beschränkung der Haftung für rechtswidrige kausale Unterlassungen von selbst.

Ein Bedenken könnte man freilich der hier vertretenen Ansicht entgegenhalten. Wenn als kausal betrachtet wird, was den Erfolg erklärt, die Beantwortung der Frage, wann ein Erfolg erklärt sei, aber der praktischen Lebensauffassung überlassen wird, so bringt das zweifellos eine gewisse Unschärfe der Abgrenzung mit sich. Aber dies Bedenken wiegt nicht allzu schwer. Denn jede starre Formulierung muß hier zu schematischen Lösungen führen, die den Eigenheiten des Einzelfalles nicht gerecht zu werden vermögen. Das erkennen die anderen Theorien selbst an, wenn sie zwar weniger die Kausalität, wohl aber eine andere Haftungsvoraussetzung, nämlich das angeblich notwendige Bestehen einer besonderen Rechtspflicht zum Handeln an ganz dehnbar formulierte Voraussetzungen knüpfen. Es mag hier noch einmal auf die Ansicht von Mezger hingewiesen werden, nach der eine Rechtspflicht zur Erfolgsabwen-

dung nach vorausgegangenem Tun nur anzuerkennen ist, wo „sorgfältige Einzelabwägung ein wirklich unabweisbares Bedürfnis für ihr Vorhandensein ergibt“[15]) und nach der der Inhalt der Pflicht nur unter weitgehender „Anpassung an den Einzelfall und seine Billigkeitserfordernisse“ bestimmt werden kann[16]). Schwerlich wird man behaupten können, daß mit einer derartigen Formel eine größere Sicherheit der Ergebnisse zu erzielen ist. Dagegen besitzen die hier abgelehnten Theorien im Gegensatz zu unserer Auffassung zwei Nachteile. Einmal wollen sie für die Behandlung kausaler Unterlassungen systematisch unhaltbare Besonderheiten gelten lassen. Zum andern aber würden sie bei konsequenter Durchführung zu unerträglichen Ergebnissen führen, indem die Haftung bald zu weit ausgedehnt, bald zu eng begrenzt werden würde. Beide Fehler werden vermieden, wenn man erkennt, daß nur ein den Erfolg erklärendes Verhalten kausal ist. Ein besonderes Problem der Kausalität der Unterlassung gibt es dann nicht mehr.

---

[15]) Mezger 146.
[16]) Mezger 147.

Lebenslauf.

Am 14. Januar 1911 wurde ich in Kassel geboren. Meine Eltern sind Landesrat Dr. Otto Schellmann und seine Ehefrau Johanna, geb. Pfeiffer. Ich besuchte die Henkelsche Vorschule und das Wilhelmsgymnasium in Kassel, wo ich im Jahre 1930 die Reifeprüfung ablegte. Darauf studierte ich Rechtswissenschaft auf den Universitäten Freiburg i. Br., Göttingen und Marburg. Am 12. Mai 1934 bestand ich in Kassel die erste juristische Staatsprüfung. Seit dem 22. Oktober 1934 bin ich als Referendar bei dem Amtsgericht in Gudensberg beschäftigt.